



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 415/2006

(Pleno)

La Laguna, a 12 de diciembre de 2006.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Orden por el que se aprueba el Mapa Farmacéutico de Canarias (EXP. 429/2006 PO)*\*.

## FUNDAMENTOS

### I

1. Por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, al amparo del art. 11.1.B.b) en relación con el art. 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, se solicita Dictamen preceptivo sobre el *Proyecto de Orden por el que se aprueba el Mapa Farmacéutico de Canarias*.

#### Sobre el procedimiento.

2. Por lo que se refiere al procedimiento de elaboración del Proyecto de Orden, se han emitido los preceptivos informes de acierto y oportunidad (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno) y de impacto por razón de género, este último de fecha 14 de noviembre de 2006 [disposición final primera de la Ley 1/1983, en relación con el art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, en la redacción dada por la Ley 30/2003], elaborados, respectivamente, por la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de La Salud y por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, así como el del Servicio Jurídico del Gobierno [art. 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

\* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

\* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Fajardo Spínola al que se adhiere el Sr. Bosch Benítez.

Constan, igualmente, la memoria económica, de fecha 26 de septiembre de 2006 [art. 44 y disposición final primera de la Ley 1/1983 en relación con el artículo. 24.1.a) de la Ley 50/1997], el informe de la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Canario de la Salud, de fecha 24 de octubre de 2006, emitido conforme a lo previsto en el art. 2.2.f) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo, modificado por Decreto 234/1998, por el que se crean las Oficinas presupuestarias de las Consejerías del Gobierno de Canarias y el informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería Economía y Hacienda, de fecha 2 de noviembre de 2006 [art. 26.4.a) del Decreto 12/2004, de 10 de febrero].

Finalmente, el Proyecto de Orden ha sido sometido a los trámites de información pública por anuncio en el Boletín Oficial de Canarias núm. 139, de 18 de julio de 2006, y de audiencia a los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y Ayuntamientos (art. 23 de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias). Se acompañan al expediente las respuestas a las alegaciones de la Dirección General de Farmacia, de fecha 26 de septiembre de 2000. Se ha informado, así mismo, de su elaboración al Consejo Canario de la Salud, en aplicación de lo previsto en el art. 21.h) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, y figuran los informes del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y el Servicio Canario de Salud, de fechas 6 y 17 de octubre de 2006.

#### **Competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de planificación farmacéutica.**

3. Se dan por reproducidas las observaciones en materia de competencia realizadas, entre otros, en nuestros Dictámenes 75/2003, de 13 de mayo; 90/2003, de 20 de junio y 296/2005, de 9 de noviembre, en relación respectivamente con el Proyecto de Ley de Ordenación Farmacéutica; consulta gubernativa relativa a determinadas cuestiones sobre autorizaciones de farmacia; y Decreto por el que se regula el procedimiento de verificación del cumplimiento por parte de las Oficinas de Farmacia y de los servicios farmacéuticos de los requisitos necesarios para la elaboración de fórmulas magistrales.

Así, el art. 30.31 del EAC, modificado por L.O. 4/1996, de 30 de diciembre, atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma de Canarias respecto a la ordenación de los establecimientos farmacéuticos. Esta competencia exclusiva se refiere, también, a la competencia para la planificación farmacéutica, que

corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con los criterios que, con carácter básico, establezca el Estado.

En base a la mencionada competencia autonómica sobre ordenación farmacéutica en materia de oficinas de farmacia, corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la planificación de ésta (territorial, delimitación de zonas farmacéuticas, distancias, Mapa Farmacéutico, modificación, revisión y localización), así como la determinación de los requisitos de los establecimientos y el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes.

#### **Composición del Proyecto.**

4. En cuanto a la estructura, el Proyecto de Orden se integra por un artículo único, aprobación del Mapa Farmacéutico de Canarias, que figura como anexo a la Orden. Una disposición final primera, "Ejecución", en la que se faculta al Director General de Farmacia para dictar los actos necesarios de ejecución de la Orden, y, finalmente, por una disposición final segunda de entrada en vigor, el día siguiente a su publicación en el BOC.

## **II**

#### **Sobre la materia e impugnación de la delimitación de zonas farmacéuticas.**

1. La Sección 3ª del Capítulo I del Título II de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias, establece los "principios de ordenación y planificación farmacéutica". En estos preceptos, la Ley sujeta a autorización administrativa la apertura de las oficinas de farmacia, de conformidad con los principios de planificación farmacéutica y sanitaria en general (art. 17); configura los principios de planificación farmacéutica (art. 18); la planificación territorial (art. 19); la delimitación de las zonas farmacéuticas (art. 20); módulo de población, 2.800 habitantes por oficina de farmacia y sus excepciones (art. 21); por su parte, el art. 20 de la citada Ley señala que "corresponde a la Consejería competente en la 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".

La propia Ley ofrece la definición de "zona farmacéutica", en cuya virtud se constituyen las demarcaciones territoriales de referencia para la planificación farmacéutica (art. 19.2) y sobre las cuales se aplicarán los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica (entre otros, módulo de población, número de autorizaciones, excepciones y núcleos aislados o de carácter turístico, población, distancias, etc. (arts. 21 y 22 de la Ley).

De esta delimitación de zonas derivará, en una segunda fase, el Mapa Farmacéutico, configurado como norma reglamentaria que habrá de ser aprobada por Orden del Consejero competente en la materia de ordenación farmacéutica, una vez oídos, entre otros, los Ayuntamientos y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y en el que habrán de concretarse los criterios de planificación farmacéutica (art. 23.1). El contenido de este Mapa tendrá además carácter vinculante y deberá relacionar todas las zonas farmacéuticas de la Comunidad Autónoma de Canarias, con expresión de sus características esenciales.

#### **Impugnación jurisdiccional de la delimitación de las Zonas Farmacéuticas de Canarias.**

2. La delimitación de las zonas farmacéuticas a las que se refieren los arts. 19 y 20 de la Ley se ha llevado a cabo recientemente por medio de la Orden de la Consejería de Sanidad de 15 de mayo de 2006, por la que se aprueba la citada delimitación de las Zonas Farmacéuticas de Canarias, sobre cuyo Proyecto recayó el Dictamen de este Consejo 93/2006, de 21 de abril.

Esta Orden, sin embargo, ha sido objeto de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Consta en el expediente remitido a este Consejo el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de Las Palmas de Gran Canaria del citado Tribunal, de fecha 13 de septiembre de 2006, por el que se acuerda la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de la Orden recurrida en el particular de las zonas GC-23 y GC-24.

Esta suspensión parcial de la vigencia de la Orden no impide, sin embargo, la aprobación del Mapa Farmacéutico para todas las restantes zonas que no se han visto afectadas por la medida judicial adoptada, por lo que resulta conforme a Derecho la aprobación de la Orden pretendida, de la que se han excluido aquéllas. No obstante, en la norma proyectada debería hacerse referencia expresa a esta circunstancia que

justifica que, en la isla de Gran Canaria no se hayan incluido en el Mapa que se pretende aprobar, mediante el Proyecto de Orden, Anexo, las zonas GC-23 y GC-24.

#### **Otras cuestiones relativas al Proyecto de Orden.**

3. Planteada en estos términos la viabilidad de la aprobación del Mapa Farmacéutico, se formulan las siguientes consideraciones:

#### **Sobre la preceptividad del Dictamen.**

En primer término, por lo que se refiere a la preceptividad del Dictamen de este Consejo, se fundamenta por el órgano solicitante en el apartado 1.B.b) del art. 11 de la Ley de este Consejo, bajo la consideración, por consiguiente, de que constituye un reglamento de ejecución de la Ley autonómica de Ordenación Farmacéutica.

La Orden, sin embargo, no reviste este carácter. No se dirige a completar normativamente la regulación legal, desarrollando sus preceptos, sino que contiene únicamente la planificación farmacéutica, es decir, se han tenido en cuenta los criterios legales, tomando como base, entre otros, los datos poblacionales y los informes emitidos por los Ayuntamientos y Colegios Oficiales de Farmacéuticos, entre otros agentes, respecto a las áreas de emplazamiento más idóneas, se ha establecido la relación de farmacias posibles para cada zona farmacéutica, las existentes en la actualidad y, por diferencia entre unas y otras, las nuevas que resulte posible instalar.

Como se expresó en el DCC 93/2006:

*“la propuesta reglamentaria que se somete a Dictamen (...) no es un Reglamento ejecutivo, en sentido estricto, de desarrollo o desenvolvimiento de una ley, pues no estamos en presencia de una remisión normativa o reenvío legal a una ulterior normación que haya de efectuar la Administración como complemento de la ordenación que la propia Ley establece (STS de 10 de diciembre de 2003, RJ 2004/106), sino ante la aplicación de una concreta previsión legal, sin añadir más complemento normativo que el referido a la mera organización administrativa necesaria para lograr el objetivo previamente delimitado por la norma jurídica (STS de 15 de octubre de 1997, RJ 1997/7457). Por la misma razón que, por ejemplo, no poseen contenido normativo y, por ello, no son de preceptivo Dictamen, los planes rectores de uso y gestión de*

*recursos naturales (STS RJ 2004/106, cit.) o los planes generales de transformación agraria (STS de 19 de septiembre de 1997, RJ 1997/6429).*

*El carácter básicamente organizativo de la propuesta que se dictamina, se contiene en el Anexo del Proyecto de Orden, que, no obstante, viene delimitada en su ejercicio por la Ley habilitante tanto de un modo material como formal”.*

El carácter aplicativo de la propuesta que se dictamina y se contiene en el Anexo del Proyecto de Orden, que viene delimitada en su ejercicio por la Ley habilitante desde una perspectiva formal, pues esa habilitación consta en instrumento formal primario, pero la propuesta no crea normas jurídicas en sentido propio, cuanto el contenido o delimitación material del Mapa deriva de la previa delimitación de las zonas farmacéuticas (art. 20 LOF) en la forma que señalan los arts. 21 y 22 LOF, como se desprende del propio art. 23.2 LOF, según el cual “el Mapa relacionará todas las zonas farmacéuticas de la Comunidad”, de donde este Mapa no tiene contenido innovativo propio. Ni siquiera cuando concurre la eventualidad del art. 25 LOF según el cual si “a través del Mapa (...) se constata que en una determinada zona farmacéutica (podrá) autorizarse la apertura de una nueva oficina de farmacia”, lo que en efecto ha acontecido al contemplarse nuevas oficinas de farmacia, *en aplicación* y no ejecución de las previsiones legales existentes.

#### **Sobre el objeto del pronunciamiento del presente Dictamen.**

4. Por lo que se refiere al Dictamen de este Consejo, es necesario señalar que el mismo ha de recaer sobre el texto elaborado, en el que se hayan recogido, en su caso, las modificaciones que se hayan estimado pertinentes a la vista de los diversos informes emitidos o de las alegaciones presentadas por los interesados durante el trámite de audiencia concedido. El escrito de remisión del expediente a la Presidencia del Gobierno a efectos de la solicitud de Dictamen a este Consejo, sin embargo, indica que “*el texto que se remite corresponde a la versión inicial que fue objeto del trámite de audiencia y sobre la que se solicitó el preceptivo informe del servicio jurídico y en el que se realizarán las adaptaciones necesarias una vez emitido el dictamen que se solicita*”. En todo caso, se podrán introducir al texto propuesto las observaciones que más adelante se expresan en el presente Dictamen.

### **Competencia para la aprobación del Mapa Farmacéutico.**

5. Por lo que se refiere a la competencia para la aprobación del Mapa Farmacéutico, el art. 23 de la Ley de Ordenación Farmacéutica la atribuye al Consejero competente en materia de ordenación farmacéutica, que es también el competente para su revisión y modificación (art. 24). La disposición transitoria primera de la misma Ley concede al Gobierno un plazo de seis meses desde su publicación para aprobar el Mapa Farmacéutico de Canarias y sus respectivas zonas actualizado a la fecha de entrada en vigor de la Ley (23 de julio de 2005).

Dado el carácter transitorio de esta disposición, la Ley pretendía, por razones operativas, que tras la entrada en vigor de la misma, la primera delimitación de las zonas farmacéuticas, así como la aprobación del Mapa Farmacéutico, con el objetivo además de actualizarlo a fecha de 23 de julio de 2005, fuese llevado a cabo por el Gobierno, y, sin embargo, las sucesivas aprobaciones, así como revisiones o modificaciones corresponderían a la Consejería competente por razón de la materia (arts. 24 y 25 de la Ley). Es decir, la Ley atribuye expresamente a la Consejería competente habilitación para la aprobación del Mapa Farmacéutico. Como señala la STS de 10 de mayo de 1999 (RJ-1999/4877), "la delimitación del Mapa Farmacéutico (...) mediante disposiciones de rango inferior o meros actos administrativos, habrá de ajustarse a los criterios establecidos en la Ley de Ordenación Farmacéutica (...)". De tal manera que si la Ley "se ocupa de definir (...) es claro que no se puede aceptar que se vulnere el principio de reserva de ley, porque la apertura de las farmacias se haga por un acto administrativo o autorización posterior ya que esa tiene que ajustarse a los criterios ya definidos en la norma y se trata por tanto de una aplicación de la misma a la realidad y en base a las cuestiones y a datos por ella ofrecidos y explicitados".

El Gobierno no procedió a esta aprobación en el plazo concedido al efecto por la disposición transitoria. Ni tampoco ejercitó la facultad derivada de la disposición final segunda que permitía al Gobierno de Canarias dictar en el plazo máximo de un año cuantas disposiciones fueran necesarias para el desarrollo de la Ley. Por lo que actualmente se encuentra habilitado para proceder a su aprobación el Consejero competente en materia de Ordenación Farmacéutica, como ocurre en el presente PO de la Consejera de Sanidad por el que se pretende aprobar el Mapa Farmacéutico.

## Referencias concretas al contenido del Proyecto de Orden.

6. Por otra parte, por lo que se refiere al contenido de la Orden, la configuración del Mapa Farmacéutico que se propone y el texto del Proyecto de Orden en su Anexo expresan para cada isla las correspondientes zonas farmacéuticas, Municipios, habitantes computables, farmacias posibles, existentes y a instalar, localización y núcleos.

La Orden de 15 de mayo de 2006, de la Consejería de Sanidad aprobó la delimitación de las zonas farmacéuticas de Canarias que se corresponden de manera congruente con las zonas previstas por el Mapa Farmacéutico (TF-1 a 32, LP-1 a 13, G-1 a 6, GC-1 a 29, F-1 a 6, L-1 a 7) que se pretende aprobar.

El Mapa farmacéutico no es independiente de las zonas que lo integran, existiendo una correlación entre aquél y éstas. El Mapa es la concreción gráfica de los criterios de planificación que se precisan en las distintas zonas farmacéuticas, cuya última delimitación tuvo lugar por Orden de 15 de mayo de 2006, y cuya Propuesta, fue dictaminada, como anteriormente se expresó, por este Consejo (DCC 93/2006). Anteriormente, por Orden de 15 de abril de 1999, se estableció un Mapa Farmacéutico, por la que se delimitaban las zonas farmacéuticas de Canarias, modificada parcialmente, por la Orden de 19 de junio de 1998, siendo el citado Mapa modificado por Órdenes de 5 de junio de 2002 y 11 de septiembre de 2003; Mapa cuya "revisión" se establece a los cinco años de su aprobación, sin perjuicio de las modificaciones excepcionales que deben tramitarse de igual modo que para la aprobación (art. 24.1 y 2 LOF). La presente Propuesta de Orden no es de modificación, sino de *aprobación*, de conformidad en el actual marco normativo jurídico, Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación farmacéutica de Canarias, y de la delimitación de las Zonas Farmacéuticas de Canarias, aprobada por Orden de 15 de mayo de 2006, correspondiendo a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia para diseñar y ejecutar la planificación, tomando como referencia la Ley 16/1997, de 25 de abril (en relación con la normativa básica).

La Ley exige tener en cuenta, para la delimitación de las zonas farmacéuticas, las "características geográficas, de población, socio-económicas y los recursos sanitarios disponibles" (art. 20 LOF). Según la exposición de motivos de la Orden de 15 de mayo de 2006, para "tal delimitación se ha tenido en cuenta 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. Cuando la extensión territorial del Municipio era considerable y la densidad de población elevada, se ha recurrido a la subdivisión del Municipio por zonas farmacéuticas que abarcan distritos y secciones administrativos homogéneos, teniendo en cuenta las premisas antes señaladas respecto a variables geográficas, poblacionales, socioeconómicas y de recursos sanitarios disponibles". Precisamente, en nuestro Dictamen 93/2006 se indicaba que de "esta consideración debería quedar expresa constancia en las actuaciones, a fin de dotar a la propuesta efectuada de la necesaria motivación justificadora, que deriva de la habilitación legal otorgada a la Administración".

Así, se observan en la Propuesta de Mapa farmacéutico algunas cuestiones, advertidas ya por este Consejo a propósito de la delimitación de las zonas farmacéuticas, que deben de nuevo reiterarse, particularmente en lo que se refiere a la delimitación y características de las zonas. En efecto, el Mapa debería integrarse tanto por la relación de "todas las zonas farmacéuticas (...) pero con expresión de sus características esenciales" (art. 23.2 LOF).

La libertad de configuración que la Ley otorga para delimitar las zonas farmacéuticas (20 LOF) puede interpretarse asimilando "zona" a "término municipal". No se duda de que en algún caso exista correspondencia entre los criterios farmacéuticos y el término municipal, pero en ocasiones no es así. Precisamente, por ello, en su día este Consejo manifestó la necesidad de acreditar en cada caso el concurso del o los factores que aconsejaban la delimitación propuesta de zonas, finalmente aprobada por Orden de 15 de mayo de 2006. La relación Municipio-zona simplifica el problema, pero traslada la cuestión a la localización de las oficinas, por lo que se deberían expresar las reglas de las que se ha hecho aplicación para la asignación de oficinas como las que resulten de dividir población por 2.800, *ratio* mínima de la Ley; que la localización de las oficinas se situará en aquellos núcleos o zonas diferenciadas de mayor población, lo que permite distinguir este supuesto, *general*, de aquél otro, *excepcional*, según el cual se puede asignar una oficina más por cada 1.500 habitantes [art. 21.2.b) LOF]. Es decir, las *medidas* de planificación que no se contienen en el Mapa propuesto, al ser básicamente aplicativo, y que, sin embargo, han sido debidamente aplicadas para resolver las diversas alegaciones formuladas al Proyecto de Mapa Farmacéutico.

La delimitación de zonas vigente no es otra que la aprobada por la Orden de 15 de mayo de 2006, aunque el Mapa deba ser revisado cada 5 años y pueda ser modificado excepcionalmente (art. 24 LOF). Si bien debe existir adecuación entre la delimitación de las zonas y el Mapa Farmacéutico. Según la Orden por la que se aprueban, las zonas, se comprueba que en la misma se identifican los barrios, Secciones y/o Distritos que la integran. En el Mapa propuesto se expresa el Municipio, la zona farmacéutica, habitantes computables, farmacias por islas existentes y a instalar, etc.; aunque se debería, así mismo, incorporar los extremos esenciales y determinantes tenidos en cuenta para el establecimiento de oficinas de farmacia. Así, se verifica cuando de farmacias de nueva instalación se trata bajo el epígrafe "localización".

### **Sobre los criterios de planificación aplicados.**

7. En el Anexo del Mapa Farmacéutico, como anteriormente se expresó, se contempla, además de las zonas farmacéuticas, los Municipios, habitantes computables, farmacias posibles, existentes y a instalar, su localización y núcleo concretos, dando cumplimiento con ello a lo establecido en el art. 23 de la Ley 4/2005, que exige que en el contenido del Mapa Farmacéutico se relacionen todas las zonas farmacéuticas, con expresión de sus características esenciales.

El art. 38 de la Ley 4/2005, de 13 de julio, dispone que los locales destinados a oficina de farmacia cumplan, entre otros, el requisito de ostentar acceso libre, directo y permanente desde una vía o plaza pública a la zona de dispensación (...) incluidos los de las farmacias instaladas en centros comerciales.

Así, en el citado Anexo por el que se pretende la aprobación del Mapa Farmacéutico, en concreto, en las zonas farmacéuticas TF-5, Santa Cruz de Tenerife, se expresa, sin mayor concreción, como lugar de localización "CC Santa Cruz-Añaza", sin aclararse que se trata del Centro Comercial Santa Cruz en Añaza. Lo mismo en relación con la zona GC-2, Las Palmas de Gran Canaria, que debería sustituirse por razones obvias de certeza y seguridad jurídica, por la de "Centro Comercial Las Arenas", en Guanarteme. En la zona F-4, en Pájara a) Centro Comercial Solana Matorral y Centro Comercial Ventura/Atlántico, y en la F-6, en la Antigua b) Centro Comercial Atlántico.

Del mismo modo, en el Anexo del Mapa, la zona farmacéutica GC-21, Santa Lucía de Tirajana, localización d) aparece la expresión "C.P. Cerruda", sin embargo,

debería quedar claro que no se trata del Colegio Público Cerruda, sino de la zona denominada "Cerruda", próxima al citado centro.

La necesidad de que el Mapa sea expresivo de los criterios de la planificación farmacéutica se desprende del art. 23.2 LOF. El mismo deberá expresar las "características esenciales" y sobre todo por la necesaria coherencia de los parámetros aplicables a los datos de hecho que le sirven de base.

Hay casos en que el exceso de "oficinas posibles" se complementa con una indicación correlativa en el capítulo de "núcleos 1.500 habitantes", de modo que la discordancia entre oficinas *posibles* y *existentes* responde a la existencia de estos núcleos (GC-12, GC-15, y TF-18).

En otras ocasiones coinciden las farmacias "posibles" con las "existentes", con expresión de que en ese cómputo hay núcleo aislado (TF-12, LP-11, y H-2,).

En este punto, el Mapa aprobado por Orden de 15 de abril de 1999, anterior a la Ley 4/2005, daba respuesta a tales cuestiones.

#### **Localización de Oficinas de Farmacia en Centros Comerciales.**

8. Según los datos obrantes en el expediente, la zona farmacéutica TF-5, que integra los barrios de Añaza y Acorán, tiene una población de 9.857 habitantes.

El Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 4 de agosto de 2006, aduce que la población asciende, sin embargo, a 10.203 habitantes y solicita en relación con la ubicación para una de las nuevas oficinas de farmacia, partiendo de las características del lugar -que cuenta con un gran Centro Comercial y un Centro de Salud-, que una de las vacantes se fije en el citado Centro Comercial.

La Dirección General de Farmacia reduce a dos la pretensión de tres farmacias y acepta la localización propuesta por la citada Corporación Local, al estimar adecuada su ubicación en el Centro Comercial.

En la zona farmacéutica GC-2, tanto el Colegio Oficial de Farmacéuticos como ASFARPAL solicitan, por las razones que expresan, que la localización de una de las cuatro vacantes se sitúe en el Centro Comercial "Las Arenas" en la zona de Guanarteme, accediendo a ello la Dirección General de Farmacia.

Y en la zona farmacéutica F-4, se solicita que la vacante en Solana-Matorral-Centro Comercial "Ventura" que se emplace en el Centro Comercial "Atlántico", señalando el Colegio Oficial de Farmacéuticos, como área de ubicación, Solana-Matorral-Zona Centro Comercial Ventura o Centro Comercial Atlántico.

A su vez, la Corporación Local, por escrito de 4 de mayo de 2006, propone también, como lugar de localización de una de las vacantes, Solana-Matorral-Zona Norte-Centro Comercial "Ventura".

Dadas las propuestas y la coincidencia entre algunas de ellas, la Dirección General de Farmacia resuelve localizar una vacante en Solana-Matorral-Centro Comercial "Atlántico"/Centro Comercial "Ventura".

En la zona farmacéutica F-6, es el Ayuntamiento de Antigua el que, aludiendo a las características de zona turística y otras circunstancias, solicita que una nueva oficina de farmacia tenga por ubicación el Centro Comercial Atlántico, solicitud a la que se accede por la Administración sanitaria.

Todo ello pone de relieve que la localización en los Centros Comerciales de farmacias en el Mapa Farmacéutico que se pretende aprobar, responde a criterios objetivos, atendiendo, previamente, a los criterios de planificación tanto estatal, de carácter básico, como a los criterios expuestos en la Ley 4/2005, es decir, a los módulos de población, las características del lugar, geográficas, demográficas y sanitarias (art. 20 LOF), ponderando las dificultades de todo tipo, una vez oídos, entre otros, los Ayuntamientos y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos (art. 23 LOF), por lo que no se aprecia discrecionalidad absoluta en la Administración a la hora de localizar las oficinas de farmacia, dado el propósito de establecer, en concretas zonas farmacéuticas, la localización más correcta que permita una asistencia eficaz.

Así, señala el Proyecto de Orden que "en la elaboración del Mapa Farmacéutico se ha contabilizado la población conforme a la disposición adicional primera de la Ley 4/2005. Además se han tenido en cuenta los informes emitidos por los Ayuntamientos y por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos entre otros agentes, respecto de las áreas de emplazamiento más idóneas, de modo que el Mapa Farmacéutico establezca una distribución de los recursos disponibles que mejoren la accesibilidad de los medicamentos a la población".

Por otro lado, la ubicación de farmacias en Centros Comerciales en donde se produce una notable afluencia de público no es novedosa. De tal manera que han sido frecuentes las peticiones de autorizaciones resueltas por los órganos jurisdiccionales del Estado, para la apertura de nuevas oficinas de farmacia en Centros Comerciales (Mercasevilla, Hipercor, Mercamadrid (STS de 1 de marzo de 2000, RJ-2000/2708), sobre la base de ampliar la atención farmacéutica a los ciudadanos en aplicación del art. 3.1 del Código Civil de la interpretación de las normas acorde con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Las Sentencias del Tribunal Supremo en materia de apertura de oficinas de farmacia en Centros Comerciales [STS de 8 y 28 de abril de 2003; (RJ-2003/3471 y 2003/3516); de 28 de abril de 2004 (RJ-2004/3130); 14 de julio de 1999 (RJ-1999/6758); 21 de abril de 1997 (RJ-1997/2787), entre otras], se han ocupado, esencialmente, de las demandas de obtener la apertura de la oficina de farmacia en Centros Comerciales atendiendo exclusivamente al servicio que pueden prestar a quienes acuden a un Centro Comercial y no, en concreto, en atención a la población de la zona farmacéutica que ya tenía cubiertas o no las farmacias que le correspondían, es decir, en definitiva, al margen de los criterios concretos de planificación.

En esta línea han sido retirados los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se señala que a los efectos de obtener autorización de apertura de una nueva oficina de farmacia, no pueden computar los visitantes que acceden a Centros Comerciales [STSS 2 de octubre de 1990 (RJ-1990/7885); 19 de septiembre de 2000 (RJ-2000/8434); 13 de noviembre de 2001 (RJ-2001/9785); 30 de abril de 2002 (RJ-2002/6513); 8 de abril de 2003 (RJ-2003/3471)], pero al mismo tiempo reconoce -el Tribunal Supremo- que “dentro del marco diseñado por el bloque de constitucionalidad y los principios que rigen las relaciones internormativas dentro de la complejidad que caracteriza al Ordenamiento jurídico español, caben múltiples opciones de configuración del régimen administrativo de las oficinas de farmacia, como revela la propia sucesión de normas ocurrida en los últimos años. En el caso de los Tribunales, incluso de este Tribunal Supremo, las posibilidades de decisión están determinadas por la normativa vigente, por la sujeción a la Ley en su sentido más amplio de vinculación al Ordenamiento jurídico. O, dicho en otros términos, la innovación, sensible a los cambios sociales, es más amplia en quien tiene como función constitucional la creación normativa que en quien tiene la función primordial

de aplicar las normas, sujeto siempre a las reglas de la interpretación, aunque en la utilización de éstas quepa un cierto margen innovador del Derecho”.

Así, determinadas leyes autonómicas han incorporado ciertas novedades sustanciales contrarias a una regulación estática o meramente reiterativa. Basta mencionar, entre otras, la legislación catalana en materia de Centros Comerciales o la de la Comunidad Foral de Navarra, sobre Ordenación Farmacéutica, al permitir, cierta liberalización del sector de oficinas de farmacia sin alterar la idea de interés público y de planificación, en orden a mejorar y ampliar la atención farmacéutica de los ciudadanos, cuya constitucionalidad -Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica-, ha sido resuelta por el Auto del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2004.

Entre las novedades, en materia de ordenación farmacéutica, cabe señalar la de que cada oficina de farmacia tenga un Plan de Calidad como garantía de la atención farmacéutica, régimen de libertad y flexibilización horaria en armonía con el cumplimiento de los horarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones, urgencias, etc.; un sistema flexible de planificación (mixto) o de concertación de los profesionales titulares de oficinas de farmacia con el correspondiente Servicio público de salud.

En este sentido, la Ley Canaria 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica [art. 38.a)] reconoce y admite la ubicación de las farmacias en Centros Comerciales, con los requisitos que se establecen, siempre que se cumpla con los presupuestos de población a tener en cuenta, dentro del perímetro del núcleo o zona farmacéutica concreto.

La posibilidad de que en determinadas zonas farmacéuticas se sitúen oficinas de farmacia en Centros Comerciales, se efectúa en el PO tanto en atención a la población que vive o reside en dichos lugares, como por la mayor proximidad y facilidad de estos residentes para acceder a las citadas oficinas de farmacia, dadas las peculiaridades de cada una de las Islas Canarias. Así, desde el momento en que los parámetros exigidos por el art. 2.1 y 2.5 de la Ley 16/1997 se acatan, la Comunidad Autónoma de Canarias “goza de los más amplios poderes a la hora de organizar el Mapa Farmacéutico siempre que dicho servicio quede garantizado y ello sin perjuicio de que los criterios por los que se ha optado puedan o no coincidir con los que tuviera la Corporación Profesional (...) pero es consecuencia del ámbito de discrecionalidad administrativa en el que caben varias opciones igualmente

adecuadas y conformes al Ordenamiento Jurídico” (STSJ de Madrid, 1084/2000, de 7 de diciembre).

En el Anexo dentro del apartado que se denomina “localización”: Isla de Tenerife: Municipio, Santa Cruz de Tenerife, zona farmacéutica TF-5, CC Santa Cruz-Añaza; en la Isla de Gran Canaria: Municipio, Las Palmas de Gran Canaria, zona farmacéutica GC-2 b) CC Las Arenas-Zona; y en la Isla de Fuerteventura: Municipio, Pájara, zona farmacéutica F-4 a) Solana-Matorral CC Atlántica CC Ventura” se debería clarificar, como antes expresamos, el alcance de las iniciales CC.

Al tratarse de Centros Comerciales, como se deduce del escrito de la Dirección General de Farmacia, de fecha 26 de septiembre de 2006, dada la indefinición de la expresión “área de emplazamiento” a la que se refiere el art. 25 de la Ley 4/2005, para la localización de nuevas farmacias, se puede considerar como área de emplazamiento cualquier espacio, amplio o limitado, dentro de un determinado ámbito o entorno, al margen de su extensión, también indefinido, que reúna los presupuestos y requisitos legales, para la instalación de farmacias, incluidos los Centros Comerciales, en orden a una asistencia eficaz a los eventuales beneficiarios del servicio y siempre con el límite de no fijar dentro de estos espacios o Centros Comerciales la ubicación concreta donde ha de instalarse la oficina de farmacia, en garantía de la libertad de designación concreta de la farmacia (art. 34 LOF).

La previa planificación territorial parte de las necesidades de atención farmacéutica de la población (art. 19 de la LOF) dentro de las concretas demarcaciones territoriales previstas en la planificación farmacéutica denominadas “zonas farmacéuticas”, unidades que constituyen el soporte físico resultante de la aplicación de los principios planificadores, en donde se localizan, posteriormente, las oficinas de farmacia.

Así, siempre que a través del Mapa Farmacéutico se constate que en una determinada zona farmacéutica puede autorizarse la apertura de una nueva oficina de farmacia, corresponde a la autoridad sanitaria, para una asistencia eficaz, fijar su área de emplazamiento, con el objeto -como señala el art. 25 LOF- “de dar un mejor servicio farmacéutico a la población”, a lo que responde la localización en el Anexo del Mapa Farmacéutico de determinadas oficinas de farmacia, en señalados supuestos en Centros Comerciales y en las zonas farmacéuticas que se fijan.

### **Sobre la derogación de las normas anteriores.**

9. La Orden de 15 de abril de 1999 de la Consejería de Sanidad y Consumo establece el Mapa Farmacéutico de Canarias y la Orden de 5 de junio de 2002, de la citada Consejería, modificó la mencionada Orden de 15 de abril de 1999, por lo que procedería, de aprobarse el Proyecto de Orden, en aras a una mayor seguridad jurídica, que se debe perseguir en todo proceso de producción normativa, completar el Proyecto de Orden sometido a Dictamen incorporando una disposición derogatoria tanto de las mencionadas Órdenes (15 de abril de 1999, modificada por la Órdenes de 5 de junio de 2002 y 11 de septiembre de 2003), como de cuantas disposiciones de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la Orden proyectada.

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

1. El Proyecto de Orden de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueba el Mapa Farmacéutico de Canarias, se considera conforme a Derecho.

2. No obstante, en aras a una mayor seguridad jurídica, en el Fundamento II del Dictamen se formulan determinadas observaciones y sugerencias que permitan la adecuada aplicación del Proyecto de Orden.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. LUIS FAJARDO SPÍNOLA, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ÓSCAR BOSCH BENÍTEZ, AL DICTAMEN 415/2006 DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS, EMITIDO EN RELACIÓN CON EL PROYECTO DE ORDEN POR EL QUE SE APRUEBA EL MAPA FARMACÉUTICO DE CANARIAS (EXP. 429/2006 PO).**

Mi respetuosa discrepancia con el Dictamen mayoritario se refiere a la conformidad que éste manifiesta respecto de la determinación del proyecto de Mapa Farmacéutico de imponer la ubicación de determinadas nuevas oficinas de farmacia en Centros Comerciales, limitando así la libertad de los adjudicatarios de éstas para elegir la localización en cualquier otro punto del área correspondiente. Propiamente, la mayoría consideró que el área en cuestión podría en tales casos identificarse con el estricto ámbito espacial del edificio del Centro.

En el cuadro incorporado en el Anexo de la Propuesta de Orden se fija para ciertas zonas farmacéuticas como área de localización de las nuevas oficinas de farmacia:

a) Una determinada Avenida, seguida de lo que parece pudiera ser el nombre de un establecimiento comercial ("Laguna Park"), en la Zona TF-21. No queda claro si se trata de un establecimiento comercial, pero tampoco si la localización puede efectuarse en cualquier punto de la Avenida, o sólo en ese punto denominado "Laguna Park".

b) En la Zona F-4, se señala como área de localización un barrio o núcleo ("Solana Matorral") seguido del nombre de dos Centros Comerciales. ¿Podrá ubicarse la farmacia en cualquier local apto de tal barrio, o sólo en alguno de los dos Centros Comerciales mencionados?

c) A veces (TF-5 o GC-2) se menciona un Centro Comercial concreto, seguido del nombre del barrio o núcleo de población en que se sitúa.

d) En otro caso, se menciona como localización sólo el nombre de un Centro Comercial (F-6).

Pues bien, el Dictamen de la mayoría, después de interpretar que en todos estos casos el Proyecto de Orden pretende limitar el área de localización de la nueva oficina de farmacia al limitado espacio del edificio e instalaciones de un Centro Comercial, justifica la legalidad de tal propuesta en la "indefinición de la expresión *área de emplazamiento* a la que se refiere el art. 25 de la Ley 4/2005 de Ordenación Farmacéutica de Canarias (LOF) (...)", ya que "se puede considerar como área de emplazamiento cualquier espacio, amplio o limitado, dentro de un determinado ámbito o entorno (...) incluidos los Centros Comerciales (...), siempre con el límite de no fijar dentro de (ellos) la ubicación concreta donde ha de instalarse la oficina de farmacia". En definitiva, considera la mayoría del Consejo que un área de emplazamiento de las mencionadas en el art. 25 LOF puede limitarse al edificio de uno de tales Centros, siempre que no se indique en cuál de sus estancias interiores haya de ubicarse la nueva farmacia.

Para fundar tal interpretación el Dictamen despliega una extensa y prolija argumentación, que pudiera parecer innecesaria o al menos desproporcionada si se estuviese en la firme convicción de la conformidad legal de tal práctica. Se afirma la

posibilidad legal (lo que este Consejero no niega), y hasta la oportunidad, de la instalación de farmacias en un Centro Comercial, indicando que la Ley canaria es la única de las autonómicas en la materia que lo permite (art. 38 LOF); pero se confunde la posibilidad de tal ubicación con la obligación de hacerlo sólo en tales edificios, y no en otros del área. También se trae en apoyo de esta posición la referencia a precedentes legales de otras Comunidades Autónomas, o de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando éstos son ejemplos de defensa de cierta libertad de emplazamiento, y no pueden por ello citarse en favor de lo que plantea el Proyecto de Orden, que es todo lo contrario: la máxima limitación de tal libertad al no permitir en tal caso la ubicación de la oficina más que en un establecimiento comercial.

Si se considera que tales Centros gozan de un cierta centralidad urbana, y que resulta ventajoso para el usuario situar la farmacia en su proximidad o incluso en su interior, bien podría el Proyecto de Orden mencionarlo como punto de referencia de un área de emplazamiento que lo circundara, con lo que por otra parte no se estaría condicionando la libertad de elección de local que constituye una facultad del nuevo farmacéutico. Pero lo que resulta inaceptable es impedir que en tales lugares las nuevas oficinas de farmacia deban indefectiblemente colocarse en dependencias de tales establecimientos.

El despliegue territorial de las oficinas de farmacia, lo que va a constituir la "planta" de su establecimiento, está sujeto a planificación. La localización de cada nueva farmacia, por razones de interés público sanitario, vendrá condicionada por decisiones públicas previas, que van a permitir el ejercicio por quien resulte su titular de la libertad de establecimiento, pero en el marco de determinaciones de ubicación y de condiciones del local. La planificación territorial de las oficinas de farmacia tendrá como referencia principal las necesidades de la población (art. 19 LOF); para ello se establecerán demarcaciones territoriales de referencia llamadas zonas farmacéuticas, en cada una de las cuales habrá al menos una farmacia. Pero, además, la LOF contempla la posibilidad de incremento de la población en tales zonas, en cuyo caso autoriza el establecimiento de otras oficinas en ellas, según indique el Mapa Farmacéutico. Pues bien, y ésta es la cuestión central que nos ocupa, para la ubicación de tales nuevas farmacias dentro de la respectiva zona la Ley de Ordenación Farmacéutica arbitra el recurso de fijar unidades territoriales de ámbito inferior, las llamadas áreas de referencia, "con el objeto de dar un mejor servicio a la población" (art. 25). No en cualquier lugar de la zona, sino sólo en

aquella parte de la misma donde viva la población en base a cuya presencia se justificó la creación de la nueva oficina. El área, por eso mismo, debe ser una parte del territorio donde habita población, no un lugar a donde ésta acude a comprar. Por eso mismo tal área poblacional nunca podrá limitarse a la estricta y mera superficie de un edificio, por amplio que éste fuera, pues en él no residen los usuarios del servicio sanitario que han de ser atendidos, que tienen derecho a que no se limite de entrada a un solo punto de tal área poblacional (el Centro Comercial) la ubicación del mismo. Además, en todo nuestro Derecho territorial y urbanístico nunca el concepto de "área" se identifica con el de edificio, instalación o establecimiento; el primer concepto alude a parte del territorio, a bien inmueble preexistente, los segundos siempre suponen la yuxtaposición sobre el territorio de un bien inmueble construido sobre el suelo, posterior y distinto de él. En el Centro Comercial podrá finalmente localizarse la farmacia, si éste se encuentra dentro del área de referencia poblacional, y si el concreto local elegido y propuesto por el titular de la farmacia cumple con los requisitos exigibles; pero nunca podrá imponerse que sólo en tal punto del área pueda colocarse, por la vía de considerarlo a su vez un área de referencia poblacional.

Pero, además, tal pretensión de limitar el área a un Centro Comercial nos puede llevar a una situación sin salida. ¿Qué ocurre si tal establecimiento en el momento de instalar la nueva farmacia carece de locales disponibles, o de locales que cumplan los requisitos legales para su instalación? ¿Qué ocurre si los propietarios de tales locales, de existir, no quieren cederlos para ubicar una farmacia? El fin público de la ubicación del establecimiento sanitario no podría alcanzarse. ¿Es que se pretende acaso acudir, para alcanzar tal fin, a la expropiación forzosa teniendo como beneficiario al titular de la oficina de farmacia? ¿O tal vez el señalamiento del Centro Comercial a través el Mapa Farmacéutico como localización precisa de la farmacia supone asignarle a parte de tal establecimiento un uso sanitario, distinto del comercial asignado por el planeamiento urbanístico? Es sabido que la asignación de usos corresponde a los instrumentos del sistema de planeamiento territorial y urbanístico, y el Mapa Farmacéutico no es uno de tales; no puede por ello pretenderse obligar al propietario de los locales del Centro Comercial a que destine alguno de ellos a tal uso sanitario. En definitiva, que si los propietarios del Centro Comercial no lo desean no podrá establecerse allí una farmacia, por lo que señalar ese punto como el único para instalarla frustraría el fin público de dar servicio a la población residente en su torno.

Tampoco resulta esta formulación del Proyecto de Orden dictaminado conforme con la Ley de Ordenación Farmacéutica si atendemos al derecho de elección de local que su art. 38 reconoce al titular de la nueva farmacia. La Ley pretende cohonestar la facultad pública de localización en una zona y, en su caso, en un área de referencia, para servir a la población residente, con el derecho del farmacéutico al libre establecimiento en el local dentro de las mismas que considere que más le conviene. Se trata así de establecer una progresiva y gradual localización de las oficinas de farmacia, cuya primera fase corresponde al poder público (señalando zona y área de referencia), mientras la segunda y final pertenece al farmacéutico. El Dictamen de la mayoría fuerza la argumentación señalando que éste puede elegir "entre los diferentes locales del Centro Comercial". Ya hemos visto que tal interpretación puede llevarse al absurdo; pero es que, además, el derecho de elección de la ubicación deseada por el titular de la farmacia debe ser puesto en relación con la población a la que va destinado el servicio sanitario, por lo que no podrá privársele del derecho de establecerla en cualquier local legalmente apto que se encuentre dentro del territorio donde efectivamente habita tal población.

También choca el contenido del Proyecto de Orden con la regulación que la Ley de Ordenación Farmacéutica establece para el cambio de localización de una farmacia (arts. 40 a 42 LOF). Dentro de los límites allí expuestos, el titular de la farmacia puede cambiar de local a otro dentro del mismo "núcleo" (art. 42 LOF). ¿Quiere esto decir que sólo podrá cambiarse a otro local dentro del mismo Centro Comercial? ¿Va entonces a identificarse el Centro Comercial, también, con un "núcleo" (de población)?

Todo ello nos lleva a considerar que en la argumentación y en la conclusión del Dictamen debería haberse señalado todas estas contradicciones del Proyecto de Orden con la legalidad aplicable, y es por eso por lo que formulo este Voto Particular, manifestando una vez más mi pleno respeto al criterio de la mayoría.