



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 190/2007

(Pleno)

La Laguna, a 2 de mayo de 2007.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de autorización administrativa de oficinas de farmacia (EXP. 166/2007 PD)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa 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, preceptivo Dictamen sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de autorización administrativa de oficinas de farmacia.

Acompaña a la solicitud de Dictamen el preceptivo certificado del Acuerdo gubernativo de solicitud del mismo respecto del Proyecto de Decreto que el Gobierno tomó en consideración en sesión celebrada el 10 de abril de 2007.

La solicitud ha sido cursada por el procedimiento de urgencia, fundamentada ésta en "la necesidad de permitir que la Dirección General de Farmacia disponga del instrumento normativo que le proporcione la posibilidad de cerrar el Mapa Farmacéutico de la Comunidad Autónoma de Canarias, asignando los recursos en las zonas que queden desasistidas de los servicios farmacéuticos. Para ello, la autoridad farmacéutica debe utilizar los instrumentos previstos en la legislación autonómica que permiten la redistribución de las oficinas de farmacia mediante el concurso de traslado, la asignación de nuevos recursos en las zonas farmacéuticas cuya población haya experimentado mayores incrementos y que parten de déficits de dichos establecimientos y, también, la apertura de botiquines de urgencia para aquellas

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

carencias de atención farmacéutica que no permiten la dilación de un procedimiento garantista como el previsto en los concursos”.

2. En el procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto se han emitido los preceptivos informes de: acierto y oportunidad (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno) de la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de la Salud, de 13 de noviembre de 2006; de legalidad de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, de 29 de marzo de 2007 (art. 44 de la Ley 1/1983), 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], emitido con fecha 19 de diciembre de 2006; de la Inspección General de Servicios, de fecha 26 de marzo de 2007 [art. 56.e) del Decreto 40/2004, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia y Justicia]; y de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos (art. 1 del Decreto 80/1983), emitido en sesión celebrada el 3 de abril de 2007.

Constan, igualmente, la Memoria económica elaborada el 13 de noviembre de 2006 por la Dirección General de Farmacia [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, emitido con fecha 26 de febrero de 2007 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 [art. 26.4.a) del Decreto 12/2004, de 10 de febrero], de fecha 7 de marzo de 2007.

Se ha aportado asimismo al expediente la certificación de la Secretaría del Consejo Canario de la Salud que acredita que en la sesión celebrada el día 20 de noviembre de 2006 se informó al órgano colegiado de la tramitación del presente Proyecto de Decreto a este órgano colegiado, en aplicación de lo previsto en el art. 21.h) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; el informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad sobre no discriminación por razón de sexo de las personas, emitido el 9 de marzo de 2007, a los efectos previstos en el art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, en relación con la Disposición final primera de la Ley 1/1983; y la documentación acreditativa del cumplimiento del trámite de información pública, así como el de audiencia a los

Colegios Oficiales de Farmacéuticos y a las asociaciones representativas del sector afectado.

3. Por lo que se refiere a la estructura y contenido del Proyecto de Decreto, el mismo consta de una Exposición de Motivos y se estructura en tres Capítulos y dos disposiciones finales.

El Capítulo I (arts. 1 a 3) establece las disposiciones generales, relativas al objeto de la norma, el otorgamiento de autorizaciones mediante concurso público y los baremos.

El Capítulo II, dividido en dos Secciones, se destina a la regulación del procedimiento de autorización administrativa de oficinas de farmacia. La Sección 1ª (arts. 4 a 20) regula el concurso de traslado bajo el régimen de concurrencia competitiva, estableciendo aspectos tales como la convocatoria, presentación de solicitudes, publicación de las listas provisionales y definitivas, la composición de la Comisión de Baremación y la resolución del procedimiento. La Sección 2ª (arts. 21 a 23) se destina a la regulación del concurso de nueva adjudicación, regulando la convocatoria, los participantes y las normas de aplicación y solicitudes.

El Capítulo III (arts. 24 a 28) regula la instalación y apertura de las farmacias, previendo la designación del local y su documentación, la autorización de instalación y la solicitud de apertura, visita de inspección y puesta en funcionamiento.

La disposición final primera faculta al titular de la Consejería con competencias en la materia para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo del Decreto.

La disposición final segunda se refiere a la entrada en vigor de la norma.

II

La Comunidad Autónoma de Canarias posee competencia exclusiva en lo que se denomina "ordenación de establecimientos farmacéuticos" (art. 30.31 del Estatuto), expresión que comprende la ordenación no sólo de las oficinas de farmacia, sino de cualquier establecimiento que por el objeto de su actividad tenga la condición de farmacéutico.

Por lo que respecta al Estado, este posee competencia exclusiva tanto para la fijación de las "bases y la coordinación general de la sanidad" cuanto sobre la "legislación sobre productos farmacéuticos" (art. 149.1.16ª CE); pero tal

competencia no alcanza a la ordenación de los establecimientos donde tales productos se expenden, competencia esta última que es de la Comunidad Autónoma.

El tratamiento de la distribución competencial referente a la materia sobre la que trata el Proyecto de Decreto ha sido considerado en los siguientes Dictámenes de este Consejo: DDCC 83/1997, de 22 de septiembre; 75/2003, de 13 de mayo; 90/2003, de 20 de junio; 295/2005, de 9 de noviembre; 45/2006, de 9 de febrero; y 415/2006, de 12 de diciembre. A su doctrina nos remitimos.

III

El Proyecto de Decreto que se dictamina, de acuerdo con lo previsto en su art. 1, tiene por objeto regular el procedimiento de autorización administrativa de oficinas de farmacia mediante los concursos públicos de traslado y de nueva adjudicación, así como determinar la periodicidad de los mismos.

Teniendo en cuenta el señalado parámetro delimitador resultante de la ordenación contenida en la Ley habilitante o de cobertura, acreditamos que la norma proyectada se atiene a las exigencias del mismo. No obstante tal general conformidad, se pueden formular las siguientes observaciones puntuales.

Con carácter general.

A. La norma proyectada se ha atendido a las previsiones expresas de la Ley habilitante a la que da cumplimiento, en bastantes casos mediante la reproducción exacta del precepto legal (arts. 2.1 y 2, 5, 6, 20, 21, 22, 24, 26, 27.2 y 28 PD) lo que en puridad no es ejecución sino reproducción de un mandato que ya se encuentra en el Ordenamiento Jurídico y, por ello, sería innecesaria, aunque en ocasiones esa reproducción es conveniente por exigencia de la coherencia y sistemática de la norma proyectada. En tales casos, sin embargo, ya que se está reiterando un mandato normativo, sería una adecuada técnica normativa señalar en cada precepto reglamentario la norma legal que se reproduce, a fin de darle al lector la información precisa para que conozca qué preceptos proceden de la Ley y qué preceptos son de creación reglamentaria.

B. La intitulación de la norma atañe al “procedimiento de autorización administrativa de oficinas de farmacia”, pero de su contenido se aprecia que también se proyecta sobre la “instalación y apertura” de tales oficinas (arts. 24 a 28 PD), que son objeto a su vez de procedimientos independientes de la autorización de la oficina de farmacia. De hecho, la Ley regula por un lado el procedimiento de autorización (arts. 26 a 33 LOF) y por otro los procedimientos de instalación y

apertura (arts. 34 a 37 LOF). Por eso, este contenido debiera hacerse constar asimismo en la intitulación de la norma proyectada, de forma que su objeto fuera los *procedimientos de autorización, instalación y apertura de las oficinas de farmacia*.

De carácter puntual.

Art. 3.

Esta norma reglamentaria hubiera sido el lugar adecuado donde concretar los exigidos requisitos legales de "mérito y capacidad". Las exigencias de una farmacia a otra no parece que sean de tal naturaleza que obligue a que en cada concurso de traslado y de nueva adjudicación se aprueben "baremos específicos", lo que da lugar a que cada concurso sea diferente a otros. Unas normas para cada concurso quiebra la regla de la igualdad en la ley, que permite diferencia normativa cuando se trate de supuestos de hecho distintos, lo que no es el caso. Sin contar con que esta técnica permite diseñar el baremo de cada concurso en razón o función de circunstancia externas y ajenas al servicio público.

Sin perjuicio de la concreción a que haya lugar en cada concurso, es en esta norma que se proyecta donde se deben fijar los criterios a baremos expresivos del mérito y capacidad, cuestión sobre la que la norma propuesta solo dice que "tendrán especial relevancia la experiencia profesional (...) y la formación profesional".

Por otra parte, la formación del farmacéutico es siempre "personal", pero quizás debiera sustituirse este calificativo por el de *profesional*, que desde luego encaja mejor con la exigencia legal de "mérito y capacidad".

Art. 4.1.

Este precepto se considera asistemático. En el mismo se establece el principio de concurrencia competitiva previsto en el art. 26.2 de la Ley, por lo que debiera formar parte de las disposiciones generales previstas en el Capítulo I PD, de la misma forma que se establece el sistema de concurso en este Capítulo (art. 2).

Art. 8.2.a).

Este apartado prevé la aportación de fotocopia compulsada del documento de identidad o pasaporte de su país de origen para aquellos aspirantes nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea o de cualquiera de los Estados a los que en virtud de Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España les haya sido reconocida la libre circulación de trabajadores.

Esta regulación resulta coherente con lo previsto en el art. 6.6.a) del derogado Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. De acuerdo con este precepto, los nacionales de alguno de estos Estados que sean trabajadores por cuenta propia o ajena podían residir en España sin necesidad de tarjeta de residencia expedida por las autoridades españolas, por lo que a efectos identificativos resulta suficiente la documentación expedida por las autoridades de su nacionalidad. El nuevo Reglamento, aprobado por Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, obliga a estos ciudadanos a solicitar personalmente, en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro.

Por ello, el art. 8 entendemos que debe adaptarse a esta nueva normativa en cuanto a la documentación que a efectos identificativos ha de aportarse, pues, aunque este artículo se refiere a los concursos de traslado y por tanto a farmacéuticos ya establecidos que en su momento debieron aportar la pertinente documentación, sin embargo también resulta aplicable, de acuerdo con lo establecido en el art. 23 PD, a las solicitudes de nuevas oficinas de farmacia.

Art. 8.2.b).

No se trata en realidad de un requisito documental que el farmacéutico tenga necesidad de cumplir en esta fase del procedimiento. En realidad, son prohibiciones legales que se encuentran en el art. 47.3 LOF y que debieran ubicarse en precepto de distinta ubicación sistemática. Hasta el final del procedimiento, el farmacéutico no sabe si va a obtener la farmacia por traslado o no. Es en el caso de que lo consiga cuando la Ley dispone, con ocasión de la apertura y funcionamiento de la oficina, que el interesado deberá aportar "justificante del cese de la actividad como farmacia en el local anterior", por lo que la declaración inicial de compromiso es irrelevante.

En primer lugar, porque, como se ha dicho, es una obligación legal, pero solo en el caso de que se consiga el traslado. En segundo, porque mientras no se concluya el concurso no se sabe si el farmacéutico va o no a cerrar la farmacia; y si obtiene el traslado, la autorización con la que cuenta "decaerá automáticamente, así como el derecho a su transmisión por cualquier título" (art. 47.3 LOF).

Tampoco procede la declaración responsable de que “en ningún caso se va a proceder a la transmisión de aquella”. La Ley en este caso lo que dice es que el farmacéutico “no podrá transmitirla una vez iniciado el procedimiento hasta su finalización” (art. 47.3 LOF). Son, como se ha dicho, prohibiciones legales, no requisitos de admisión.

Art. 15.

En el apartado 4 debe añadirse la conjunción “o” entre “personalmente” y “mediante”, dado que el precepto prevé la asistencia personal del interesado o a través de representante.

Art. 17.

Este precepto se considera asistemático. La devolución de garantías habría de constituir el precepto final de la Sección primera y no situarse como un precepto intermedio entre los artículos que regulan la resolución final del procedimiento.

Se considera además que el apartado 3 no se desarrolla.

Art. 18.

Por razones de seguridad jurídica y en concordancia con lo que al efecto prevén los arts. 42.3.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 31.1 de la Ley 4/2005, el término inicial del plazo previsto en el apartado 1 debe fijarse a partir de la fecha de la resolución de inicio del concurso y no de la convocatoria, a fin de evitar posibles confusiones con la fecha de publicación.

Por otra parte, el apartado 2, en lo que se refiere a la publicación en el BOC de la Resolución que resuelve el concurso, resulta reiterativo con lo previsto en el último inciso del art. 16. En este último precepto debe incluirse también que esta Resolución pone fin al procedimiento.

Art. 20.1.

Este apartado contempla el supuesto de que el farmacéutico participante en el concurso de traslado pierda la titularidad de la farmacia por transmisión o cesión, distinguiendo a su vez las dos situaciones posibles, es decir, que esta pérdida se produzca con anterioridad al otorgamiento de la autorización de traslado, en cuyo caso quedará excluido del concurso o bien que se produzca con posterioridad al otorgamiento. En este caso, se prevé la revocación de la autorización ya concedida,

teniendo en cuenta que ya no concurre en el interesado un requisito de carácter esencial para su otorgamiento como es su condición de titular de una autorización de farmacia.

La regulación prevista no presenta reparos de legalidad, si bien por razones de claridad normativa debiera procederse a otra redacción por lo que se refiere a este último supuesto pues la expresión "en su caso" utilizada no es reveladora de la circunstancia que motiva la revocación.

Art. 23, párrafo primero.

En este párrafo del art. 23 se declaran aplicables al concurso de nueva adjudicación determinados preceptos que regulan el concurso de traslado. Sin embargo, la remisión a la totalidad del art. 4 resulta inadecuada por lo que se refiere a su apartado 2, ya que se contiene una previsión específica para aquel concurso en el apartado 2 de este art. 23.

Art. 23.1.a).

En virtud de la libertad de circulación de trabajadores y libertad de establecimiento, en los concursos de adjudicación de oficinas de farmacia podrán participar los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de cualquiera de los Estados a los que resulte de aplicación estas libertades, como se tiene en cuenta en el propio Proyecto de Decreto en el art. 8.2.a). Por ello, en el art. 23.1.a) deberá especificarse que en el caso de que el título académico de Licenciado en Farmacia haya sido obtenido en alguno de los citados Estados deberá constar su homologación o convalidación de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación.

C O N C L U S I Ó N

El Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de autorización administrativa de oficinas de farmacia se ajusta al marco normativo de aplicación, sin perjuicio de las observaciones que se formulan al articulado.