



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 101/2009

(Pleno)

La Laguna, a 5 de marzo de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Orden de la Consejería de Sanidad por la que se regulan los horarios, turnos de guardias y vacaciones de las oficinas de farmacia (EXP. 44/2009 PO)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias 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 de Canarias, preceptivo Dictamen sobre el Proyecto de Orden de la Consejería de Sanidad por la que se regulan los horarios, turnos de guardia y vacaciones de las oficinas de farmacia.

La solicitud ha sido cursada por el procedimiento ordinario.

El carácter preceptivo del Dictamen resulta de lo dispuesto en el art. 11.1.B.b) de la citada Ley 5/2002, al tratarse de una norma con carácter de Reglamento de ejecución de la Ley del Parlamento de Canarias, relativa a la Ordenación Farmacéutica de Canarias, Ley 4/2005, de 13 de julio (LOFC).

2. En el procedimiento de elaboración del Proyecto de Orden se ha dado cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias de aplicación. Consta en el expediente remitido la siguiente documentación:

Anuncio publicado en el Boletín Oficial de Canarias nº 246, de 11 de diciembre de 2007, por el que se hace pública la tramitación del Proyecto de Orden a los efectos de información pública.

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

Durante el plazo de quince días concedido, se presentaron diversas alegaciones por la Federación de Farmacéuticos de Canarias, la Asociación de Farmacias de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Santa Cruz de Tenerife y de Las Palmas de Gran Canaria, la Asociación UFENCA y diversos farmacéuticos.

La documentación relativa a estas alegaciones no ha sido incorporada al expediente remitido a este Consejo, si bien consta el informe emitido por la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de la Salud de 9 de abril de 2008 en el que se da contestación a las mismas.

Informe de acierto y oportunidad de la norma proyectada emitido por la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de la Salud con fecha 9 de abril de 2008 (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias).

Memoria económica de la citada Dirección General de Farmacia, de 9 de abril de 2008, en el que se justifica que el Proyecto de Orden no implica aumento o disminución de los ingresos y gastos públicos (art. 44 y disposición final primera de la citada Ley 1/1983).

Informe de la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Canario de la Salud, de 2 de junio de 2008, 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.

Informe del Servicio Jurídico del Gobierno, de 3 de junio de 2008 [art. 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero], sobre cuyo contenido se emitió informe por la Dirección General de Farmacia.

Informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería de Economía y Hacienda, de 10 de junio de 2008 [art. 26.4.a) del Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda).

Informe de fecha 28 de julio de 2008, de la Inspección General de Servicios [art. 77.d) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, aprobado por Decreto 22/2008, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad].

Informe de la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de la Salud, de 19 de septiembre de 2008, relativo a las observaciones efectuadas por la Inspección General de Servicios.

Informe de la Intervención General, emitido con carácter facultativo con fecha 26 de septiembre de 2008.

Informe de impacto por razón de género, de fecha 7 de octubre de 2008, emitido por la Secretaría General del Servicio Canario de La Salud [art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de diciembre, del Gobierno, en la redacción dada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre Medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, en relación con la disposición final primera de la citada Ley 1/1983].

Informe de legalidad de 18 de noviembre de 2008, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad [art. 44 de la citada Ley 1/1983 y 15.5. a) del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autónoma de Canarias].

3. Por lo que se refiere a la estructura y contenido del Proyecto de Orden, la misma consta de una Introducción, catorce artículos divididos en cinco Capítulos, dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

El Capítulo I establece las disposiciones generales (arts. 1 y 2); el Capítulo II regula el horario mínimo y sus ampliaciones (arts. 3 a 6); el Capítulo III reglamenta los servicios de guardia (arts. 7 a 12); y el Capítulo IV norma el cierre por vacaciones en las oficinas de farmacia (arts. 13 y 14).

La disposición adicional primera regula la posibilidad de eximir, en determinadas zonas farmacéuticas, el cumplimiento del horario mínimo los sábados por la mañana. Por su parte, la disposición adicional segunda prevé la posibilidad de autorizar el cierre, durante el horario de tarde, los días 24 y 31 de diciembre.

La disposición transitoria primera establece la posibilidad de acogerse a una ampliación de horario en el plazo de 15 días desde la fecha de la publicación de la Orden. La disposición transitoria segunda prevé el mantenimiento de los turnos de guardia establecidos hasta que se fijen los nuevos conforme a las normas de la Orden.

La disposición derogatoria única deroga la Orden de 19 de junio de 1998.

La disposición final primera faculta al Director General de Farmacia para dictar las disposiciones de desarrollo de la Orden. Por último, la disposición final segunda establece que la Orden entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.

II

1. El presente Proyecto de Orden tiene por objeto el desarrollo de diversos preceptos de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias (LOFC), relativos al horario mínimo de apertura al público y ampliación de horario (arts. 49 y 50 y por conexión el art. 14.2), turnos de guardia (art. 51) y cierre provisional de las oficinas de farmacia por vacaciones [art. 43.1.c)]. A estos efectos y con la finalidad de garantizar la continuidad temporal del acceso de la población a la asistencia farmacéutica, se establecen condiciones, procedimientos y criterios aplicables en las señaladas materias.

La entrada en vigor de la norma proyectada supondrá la derogación de la Orden de 19 de junio de 1998, por la que se reparte en jornadas y días el horario mínimo de oficinas de farmacia y que fue dictada en aplicación de lo previsto en el entonces vigente Decreto 258/1997, de 16 de octubre, por el que se establecieron los Criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica, cuyos arts. 43 y 50 a 58 regulaban las vacaciones, horarios mínimos, ampliación de horario y guardias. Este Decreto 258/1997 fue expresamente derogado por la Ley de Ordenación Farmacéutica de Canarias (disposición derogatoria única).

2. La Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencia exclusiva en materia de "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.

En lo que se refiere al Estado, éste posee competencia exclusiva tanto para la fijación de las "bases y la coordinación general de la sanidad", como en lo que respecta a la "legislación sobre productos farmacéuticos" (art. 149.1.16ª CE). Ahora bien, esta competencia no alcanza a la ordenación de los establecimientos farmacéuticos donde tales productos se expenden, competencia esta última que es de la Comunidad Autónoma.

El tratamiento más pormenorizado de la distribución competencial referente a la materia sobre la que trata el Proyecto de Orden ha sido realizado en diferentes

Dictámenes de este Consejo, entre otros: DDCC 75/2003, de 13 de mayo; 90/2003, de 20 de junio; 295/2005, de 9 de noviembre; 45/2006, de 9 de febrero; 415/2006, de 12 de diciembre; y 190/2007, de 2 de mayo, a cuya doctrina nos remitimos.

3. La Ley de Ordenación Farmacéutica de Canarias contiene en su disposición transitoria cuarta, relativa a la materia que pretende regular el Proyecto de Orden que se dictamina, una habilitación expresa a la potestad reglamentaria del Gobierno. En esa disposición se contempla que éste, en el plazo de seis meses, debe adaptar los horarios, los turnos de guardia y los horarios ampliados a lo dispuesto en la propia Ley.

La misma habilitación, sin sometimiento a plazo, se contiene en el art. 49.1 LOFC, que establece que, sin perjuicio del principio de libertad y flexibilidad horaria, las oficinas de farmacia permanecerán abiertas el número mínimo de horas a la semana que reglamentariamente se establezca y, en cuanto al concreto aspecto de la presencia de farmacéuticos adjuntos en los casos de ampliación de horario, también de forma expresa, el art. 14.2 de esta Ley remite su regulación a la potestad reglamentaria.

De acuerdo, por tanto, con estas disposiciones legales, la materia que pretende regular el presente proyecto de Orden debe ser regulado por un Reglamento aprobado por Decreto del Gobierno, no resultando suficiente su aprobación mediante Orden de la Consejera competente por razón de la materia.

La Ley, por otra parte, habilita al órgano competente en materia de ordenación farmacéutica para establecer el horario mínimo de apertura de las oficinas de farmacia de cada zona farmacéutica o, en su caso, demarcación inferior (art. 49.2), así como la ampliación de horarios (art. 50.1) y los turnos de guardia (art. 51.1).

La habilitación conferida en lo que se refiere a la fijación del horario en cada zona farmacéutica o, en su caso, demarcación inferior, viene a constituir la concreta aplicación para estas zonas del horario mínimo que previamente habría fijado el Gobierno en virtud de lo previsto en el art. 49.1 de la Ley, que de esta manera se complementa.

La Ley también atribuye al órgano competente en materia de ordenación farmacéutica el establecer la ampliación de horarios y los turnos de guardia, así como los criterios de organización de los mismos. Esta habilitación no afecta a la regulación por Decreto gubernamental de estas materias, por lo que las actuaciones

que, en estas concretas cuestiones, se establecen por el órgano competente en materia de ordenación farmacéutica habrán de ejercerse dentro de los criterios generales que previamente se hayan fijado por Decreto gubernamental.

4. La disposición transitoria cuarta LOFC suscita un problema añadido derivado del hecho de que *el Gobierno no ha dado cumplimiento en el plazo de seis meses al mandato* en ella contenido, plazo en el que debería haberse procedido a la aprobación del correspondiente Reglamento. Asimismo, tampoco se ha realizado el desarrollo reglamentario de la Ley en el plazo establecido en la disposición final segunda LOFC.

Este Consejo se ha pronunciado sobre la cuestión de la aprobación de normas reglamentarias con posterioridad al vencimiento de los plazos fijados legalmente para su realización, en sus Dictámenes 135/2005 y 146/2001, en los que se ha seguido la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 212/1996, a la que habría que añadir la Sentencia 116/1999, que la reitera.

En nuestro Dictamen 135/2005, se ha sostenido lo siguiente:

“En el Fundamento Jurídico 7 de la Sentencia 212/1996, de 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional afirma, en relación con la disposición adicional primera apartado e) de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, que contenía un mandato al Gobierno para que en el plazo de seis meses procediera al desarrollo reglamentario de determinados aspectos de la Ley:

«El sentido de la cláusula, pues, no se agotaba en ordenar dicha actuación por parte del Gobierno, sino el que ésta tuviera además lugar en el indicado plazo. En consecuencia, una vez que ha transcurrido, como con exceso lo ha hecho, el señalado plazo, cualquier disposición reglamentaria que en el futuro pudiera dictar el Gobierno sobre la materia en cuestión no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en tiempo».

Para el Tribunal Constitucional, pues, si el Gobierno en el plazo fijado por la Ley no procede a su desarrollo reglamentario, ello no impide que pueda regular la materia afectada posteriormente, pero solo con base en la atribución constitucional de potestad reglamentaria (en nuestro caso, estatutaria ex art. 15.2 del Estatuto de Autonomía), aunque siempre que esa materia no esté reservada a ley. Si tal fuere el caso, el Reglamento no podrá entrar a regularla

porque esas materias sólo las puede disciplinar dentro de los límites y con las condiciones que la ley haya establecido.

En definitiva, si el plazo de desarrollo reglamentario legalmente previsto se superase y el Reglamento pretendiera apoyarse en la autorización legal, ésta debiera ser renovada, sin perjuicio de que, de no hacerlo, se podrá regular la materia no reservada a la Ley por el Reglamento en ejercicio de la potestad reglamentaria, complementando la normativa legal”.

Pues bien, aun cuando el desarrollo reglamentario propiamente dicho de la Ley 4/2005 exigiría una ampliación del plazo al efecto previsto en su disposición final segunda, teniendo en cuenta la potestad reglamentaria general del Gobierno (art. 15.2 Estatuto de Autonomía de Canarias y art. 13 de la citada Ley 1/1983), así como los preceptos de la Ley 4/2005, antes reseñados (arts. 14.2 y 49.1), el Gobierno de Canarias está habilitado para la regulación de las materias objeto de la norma proyectada, aplicando los preceptos legales antedichos sin constituir en puridad desarrollo de los mismos y se hubieran o no efectuado los ajustes contemplados en la disposición transitoria cuarta.

III

1. Por lo que se refiere a la regulación que realiza el Proyecto de Orden (PO), la misma no presenta en líneas generales reparos de legalidad, ajustándose a las previsiones legales. Se formulan, no obstante, las siguientes *observaciones*:

Art. 5 PO. Ampliación de horarios.

Apartados 2 y 3.

Ya el art. 6, de carácter básico, de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia, estableció que éstas “prestarán sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad, sin perjuicio del cumplimiento de los horarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones, urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, fijadas por las Comunidades Autónomas, al objeto de garantizar la continuidad de la asistencia” (apartado 1). Los apartados 2 y 3 del art. 5 del Proyecto de Orden tienen el carácter de mínimos, por lo que, en consecuencia, esta Ley permite el funcionamiento de los establecimientos farmacéuticos en horarios por encima de los mínimos oficiales (apartado 2), si bien se impone a los que realicen jornadas por encima de los establecidos la obligación de comunicarlo, con carácter previo, a la Comunidad Autónoma y deberán mantener con

continuidad dicho régimen, en los términos en que la autoridad sanitaria les indique (apartado 3).

Los mismos principios se establecen en el art. 49.1 LOFC. Este artículo dispone que, sin perjuicio del principio de libertad y flexibilidad horaria, las oficinas de farmacia permanecerán abiertas el número mínimo de horas a la semana que se determine reglamentariamente, reconociendo el art. 50 LOFC la posibilidad de permanecer abiertas un número de horas superior, de acuerdo con lo establecido por el órgano competente en la materia de ordenación farmacéutica, a la vez que dispone en su apartado 2 que las ampliaciones de horarios "*comunicadas*" tendrán la consideración de horario obligatorio durante su vigencia. Por tanto, se somete esta posibilidad, únicamente, a la necesidad de su comunicación por los farmacéuticos.

En consecuencia, tanto la legislación básica en la materia como la Ley autonómica sientan, pues, el principio de libertad y flexibilidad del régimen de jornada y horario de apertura. Como corolario de este principio se establece no sólo la atribución del carácter de mínimos a los horarios fijados por las Comunidades Autónomas, que persigue la finalidad de ofrecer a los usuarios una adecuada atención farmacéutica, sino también se regula el régimen de ampliación horaria, que no se somete a autorización previa, sino que únicamente se impone a los farmacéuticos la obligación de comunicación al órgano con competencias en la materia.

Por ello, el sometimiento a autorización previsto en el art. 5, apartados 2 y 3 PO no se ajusta a las determinaciones legales.

Art. 8.2 PO. Tipos y horarios de servicio de guardia.

En este precepto no se determina el órgano que ha de fijar la hora de finalización del servicio de guardia diurna.

2. Por razones de seguridad jurídica, se considera que deben ser corregidos los siguientes defectos formales:

Introducción. Cuarto párrafo, penúltima línea.

En vez de "(...) supuestos de exención (...) " debe decir *supuestos de exención*.

Art. 10.5 PO.

En vez de "(...) se podrán adoptar las *medias* objetivas (...) ", debe decir, "(...) se podrán adoptar las *medidas* objetivas (...) " .

Capítulo V PO.

La numeración correcta es *Capítulo IV*.

Disposición transitoria primera PO.

En vez de "año 2008" debe decir *año 2009* de conformidad con lo establecido en la Resolución de 15 de septiembre de 2008 del Director General de Farmacia, por la que se adoptan medidas transitorias en relación con ampliaciones de horarios mínimos de las oficinas de farmacia.

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

1. La regulación de los horarios, turnos de guardia y vacaciones de las oficinas de farmacia, objeto del Proyecto de Orden, para ser conforme a Derecho debe ser realizada por Decreto del Gobierno de Canarias, según lo expuesto en el Fundamento II.

2. Se formula un reparo y observaciones al articulado en el Fundamento III.