

**Í TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS.
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO.**

Sección Primera.

Sección- ANA ANTUNEZ

Las Palmas de Gran Canaria.

PI2za San Agustín s/n.

77no; 925-325008

Fax: 928-325038

Tipo de procedimiento'_ PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Nº de procedimiento: 0000461/2004

NIG:3501635320020002097

Materia: ADMIN, CORPORATIVA: FARMACIAS Y COLEGIOS PROFESIONALES

Objeto del asunto: ORDEN DE LA CONSEJERIA DE SANIDAD Y CONSUMONº 1213DE17 DE JULIO DE

2001.POR LA QUE ESTABLECE EL BAREMO QUE HA DE REGIR EL CONCURSO DE NUEVA ADJUDICACION DE OFICINA DE FARMACIA

Resolución= 00016312005

SENTENCIA N°

ILTMOS. SRES.:

DON JESÚS SUAREZ TEJERA

Presidente

DON JAIME BORRAS MOYA

DON FRANCISCO JOSE GOMEZ CACEREZ

Magistrados

Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de febrero del año 2,005.

Visto, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en esta capital, el presente recurso número 461/2004, tramitado por el procedimiento ordinario, en el que interviene como demandante don Carlos Blusa Rodríguez, representado por el Procurador don Francisco Negra Cruz, asistido del Letrado don Juan Carlos García Meláis, y como administración demandada la de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y defendida por la Sri. Letrada de sus Servicios Jurídicos, siendo la cuantía del procedimiento indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

De: 34 928 332327

Pág: 2/6

Fecha: 0410512005 18:39:55

PRIMERO.- La Orden de 17 de julio de 2001, de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, estableció "el baremo que ha de regir *el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia*".

La expresada Orden se publicó en el Boletín Oficial de Canarias de 20 de agosto del 2001.

SEGUNDO.- La representación del actor interpuso recurso contencioso administrativo contra dicha Orden, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acto administrativo impugnado.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda, oponiéndose a ella e interesando una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

CUARTO.- Practicada la prueba pertinente, se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 11 de febrero del año 2.005, en cuyo acto tuvo lugar su realización.

Siendo Ponente el lltmo. Sr. Don Francisco José Gómez Cáceres, Magistrado de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad configura alas oficinas de farmacia como "establecimientos sanitarios".

El Tribunal Constitucional se pronunció en sus ya lejanas sentencias 3211983, de 28 de abril, y 80/1984, de 20 de julio, acerca de la materia en que debe encuadrarse competencialmente el régimen

jurídico de dichos establecimientos sanitarios, al señalar que "la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia de 1983 se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria... puede establecer medidas de desarrollo legislativo .y puede anadir. a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados" (STC 80/1984, FJ 1).

SEGUNDO.- Pues bien, en materia de "sanidad" al Estado le corresponde el establecimiento de la normativa básica (art. 149.1.16 C.E.), mientras que la Comunidad Autónoma Canaria tiene atribuida el desarrollo legislativo y la ejecución de dichas bases. Ciertamente que en virtud del artículo 31.31 del Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencia exclusiva en

De: 34 928 332327 Pág: 3/6 Fecha: 04/05/2005 18:39:55

materia de ordenación de establecimientos farmacéuticos. Sin embargo, es obvio que esta competencia autonómica ha de respetar las normas básicas del Estado, que son, precisamente, las recaídas en materia de sanidad, ya que, como antes dijimos, la ordenación de las oficinas de farmacia, en cuanto establecimientos sanitarios, debe respetar las bases del art. 149.1.16 C.E. que éstas son configuradas como "establecimientos sanitarios" por el art. 103,2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, lo que determina que las regulaciones antedichas, que afectan de modo sustancial al régimen jurídico de dichos establecimientos, deban incardinarse, desde la perspectiva del orden constitucional de competencias, en la materia de "sanidad".

La competencia exclusiva del Estado sobre las bases de la sanidad, en cuanto a la ordenación farmacéutica, se ejerció al dictar la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia, cuyo artículo 2.1 atribuye a las Comunidades Autónomas el establecimiento de los criterios específicos de planificación para la autorización de tales oficinas-

TERCERO.- Por otro lado, el Estatuto de Autonomía de Canarias dispone en su artículo 31.31 que la Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria y crediticia estatal y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38; 131; 149,1 11ª y 13ª CE, tiene competencia exclusiva sobre la ordenación farmacéutica, entre otras materias. Pero lo llamativo en nuestra Comunidad Autónoma es que no existe Ley alguna que regule la ordenación farmacéutica, al contrario que en la práctica totalidad de las comunidades reionales. Por ejemplo, Ley 13/2001, de 20 de

diciembre, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad de Castilla y León; Ley de Cantabria 7/2001, de 19 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cantabria; Ley 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica de Galicia; Ley 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica para Aragón; Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid; Ley 7/1998, de 12 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica de las Islas Baleares; Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana; Ley 8/1998, de 16 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley 31/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia; Ley 41/1996, de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha; Ley 31/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica de Navarra.

Algunas de estas leyes, subrayarnos, incluye el baremo de méritos específico para acceder a una oficina de farmacia. Falta, por tanto, desarrollar en Canarias por vía legislativa la regulación de la citada materia, en el marco orientador de la legislación básica dictada por el Estado al respecto: Ley general de Sanidad de 25 de abril de 1986; Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia.

La trascendencia de esta omisión estriba en que el farmacéutico titular de una oficina de farmacia, que es un establecimiento sanitario de interés público (artículos 29 y 103.2 de la Ley General de Sanidad y artículo 1.1 de la Ley 16/97), es un profesional titulado, y la regulación de las profesiones tituladas que exigen estar en posesión de estudios superiores (sentencia del Tribunal Constitucional 42/86, fundamento jurídico 1º) queda reservada a la ley por el artículo 36 de la Constitución. De ahí que nos parezca procedente que algunas leyes regionales hayan

optado por regular ellas mismas el baremo de méritos.

CUARTO.- El Decreto regional 258/1997, de 16 de octubre, por el que se establecen los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica es, pues, un verdadero reglamento independiente en el que se abordan aspectos que no son precisamente instrumentales o complementarias, sino cuestiones sustanciales *que afectan a la regulación del ejercicio de la profesión farmacéutica, dejándose fuera*, incluso, las condiciones personales para tener derecho a una de las nuevas *instalaciones, es decir, el baremo de méritos, regulado en la Orden recurrida.*

QUINTO.- Frente a la posición que sostiene el Gobierno de Canarias, hemos de hacer las siguientes consideraciones:

1ª, *La potestad reglamentaria es el poder que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para dictar normas que no tienen rango de ley. La justificación de la potestad reglamentaria es la siguiente: que la Ley, por sí misma, es insuficiente para regular la convivencia de la sociedad y la gestión de los intereses de la comunidad. Esta es la razón por la que la Ley llama al reglamento que una vez dictado conforme a Derecho pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, complementando a la Ley, como es doctrina jurisprudencial consolidada-*

2ª, No todos los órganos de la Administración (o si queremos, mejor, de las Administraciones Públicas) pueden dictar reglamentos; de aquí una de las más importantes diferencias con los actos administrativos que sí pueden dictarlas todos los órganos administrativos, dentro de las competencias que el ordenamiento jurídico le atribuya. La potestad reglamentaria, que complementa a la Ley, deriva de la Constitución; la Administración ejerce la potestad reglamentaria conforme a la Constitución y a las leyes (art. 97 CE). Pero el reglamento sólo puede dictarse por el órgano competente y, además, su elaboración y aprobación ha de serlo con *sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE).*

3ª. *Desde la perspectiva de la Administración General del Estado, la potestad reglamentaria que desarrolla y complementa a la norma jurídica (ley y reglamento), es encomendada por la Constitución al Gobierno (art. 97 CE citado). Los Ministros también ejercen la potestad reglamentaria, pero sólo en materias propias de su departamento, es decir, -como puntualiza la doctrina científica, lo que aceptamos en materia organizativa o doméstica. Por ello, se distingue así: reglamentos del Gobierno (del Consejo de Ministros), que son fruto de una potestad administrativa originaria o derivada de la Constitución; los reglamentos de los Ministros, que sí la Ley les habilita específicamente para desarrollar una norma reglamentaria, son fruto de un poder derivado; sólo los reglamentos domésticos u organizativos pueden dictarse por los ministros sin la necesidad de una especial habilitación legal (puede verse el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1.957). La doctrina consignada, es reiteración de la que estableció el TSE en su *sentencia de fecha 22 de diciembre de 1.997, en la que se dijo lo siguiente: "La potestad reglamentaria autónoma de éstos (de los Ministros, anadimos, como aclaración), sin embargo, se constrine a aquellas materias relativas a su ámbito interno o, como dice el propio precepto (el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1.957, anadimos) a "las materias propias de su Departamento", entre las que se suelen incluir las referentes a su organización y a las relaciones de sujeción especial. Fuera de este campo puramente doméstico, no hay en manos de tales autoridades y órganos una potestad normativa propia "ad extra", con facultad de afectar a las relaciones de sujeción general en que se encuentra el común de los ciudadanos respecto de) Estado, ni a sus derechos y obligaciones".**

SEXTO.- En España, junto al ordenamiento jurídico estatal (en lo *que interesa a los efectos de resolver este recurso), están los ordenamientos autonómicos*, Estos derivan de la Constitución y de los respectivos Estatutos de Autonomía (art. 147,1 CE). La potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas es, pues, una potestad propia derivada -reiteramos- de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Todo lo anteriormente dicho en orden a la potestad reglamentaria del Estado, es válido al contemplar la potestad reglamentaria desde la perspectiva de la Administración de las Comunidades Autónomas. En el caso que resolvemos, el artículo 14.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria. La Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, establece en su artículo 22 que "El Gobierno de Canarias ejerce la potestad reglamentaria de la Comunidad Autónoma en los términos que se señalan en esta Ley". El artículo 32 anade que "Los Consejeros, como miembros del Gobierno, tienen las siguientes funciones: c) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento, en forma de Ordenes Departamentales".

Los artículos 33 a 37 completan la regulación en la materia.

SEPTIMO.- Pues bien, el contenido de la Orden de fecha 17 de julio del 2_001, de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, por el que se establece el baremo de méritos rector de los concursos para la instalación de oficinas de farmacia, en modo alguno puede considerarse como un reglamento doméstico o de naturaleza "ad intra", de los referidos en el artículo 32.c) de la Ley del Gobierno, ya que el baremo de méritos determina qué licenciados en farmacia pueden acceder al ejercicio de la profesión, mediante un concurso público (art. 21 del Decreto de 16 de octubre de 1997), de suerte que la aprobación de la norma reglamentaria corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, tal como se ha expresado anteriormente_

En efecto, en la Orden se definen en realidad las condiciones para acceder al ejercicio de la profesión, conteniéndose en el mismo una regulación detallada de los requisitos para obtener autorización de apertura de oficina de farmacia. Y, por supuesto, en el caso de la profesión farmacéutica, el conseguir una oficina de farmacia constituye para el licenciado en Farmacia el caso típico del ejercicio de la profesión. De ahí que el baremo de méritos para desempeñar esta profesión no pueda ser regulado por Orden de un Consejero. Dudoso es, incluso, que *lo pueda* ser por Decreto.

OCTAVO.- El grado de invalidez de las disposiciones generales es único: La nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, ya se trate de un vicio de forma o sustantivo_ En cambio, los actos administrativos singulares pueden incurrir, según los casos, en nulidad de pleno derecho, infracción manifiesta de la Ley, infracción no *manifiesta de la Ley, irregularidades no invalidantes y, aparte, errores materiales*, aritméticos o de hecho.

Ello es así porque el artículo 62.1 no incluye a las disposiciones generales en su catálogo de nulidades plenas. En cambio, el n° 2 del mismo artículo dice que serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren *la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.*

En el caso presente, la vulneración legal que hemos explicado

De: 34 928 332327

Pág: 6/6

Fecha: 0410512005 18:39:56

conduce a la declaración de nulidad absoluta de la orden recurrida que, como hemos razonado, es una auténtica disposición general. Para que pudiera considerarse como un acto administrativo de efectos generales, como pretende la demandada, tendría que referirse a una actuación singular y concreta, como es la apertura de un determinado concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia, sin que a ello sea obstáculo la pluralidad o indeterminación de sus destinatarios, como lo ha declarado el TS en su jurisprudencia (sentencias de 21 de junio de 1975, 20 de mayo de 1981 y 11 de junio de 1983, entre otras), ya que lo relevante es que se agoten sus efectos y eficacia jurídica cuando *el* proceso selectivo que apertura, finaliza, que no es el caso de la Orden impugnada, cuya vocación de permanencia y generalidad está explícita en su propia exposición de motivos-

NOVENO.- La Sala, en atención a lo dispuesto en *el artículo 139* de la L.J.C.A, no aprecia la concurrencia de motivos que justifiquen la condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y obligada aplicación,

En nombre de su Majestad el Rey

FALLAMOS

1º.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Carlos Blesa Rodríguez contra la Orden de 17 de julio de 2001, del Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, cuya nulidad declaramos.

2º.- No imponer las costas del recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

