



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANTABRIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942 35 71 24
Fax.: 942 35 71 35
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**

Nº: **0000349/2015**

NIG: 3907533320150000331

Resolución: Sentencia 000245/2017

Ponente: José Ignacio López Cárcamo

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante		GEMMA RODRÍGUEZ SAGREDO
Demandado	GOBIERNO DE	

SENTENCIA nº 000245/2017

Ilma. Sra. Presidenta en funciones

D^a Clara Penín Alegre

Il^lmo.s Sres. Magistrados

D. José Ignacio López Cárcamo (Ponente)

D. Juan Piqueras Valls

En la ciudad de Santander, a siete de julio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso **número 349/2015**, interpuesto por **D^a [REDACTED]**, representada por la Procuradora **D^a Gema Rodríguez Sagredo** y defendida por el Letrado **D. Alberto Ruenes Cabrillo**, contra el **GOBIERNO DE CANTABRIA**, representado y defendido por los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria.

La cuantía del recurso es indeterminada.

Es ponente el Il^lmo. Sr. D. José Ignacio López Cárcamo, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Orden SAN 20/2015, por la que se convocó concurso de méritos para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia en Cantabria.

SEGUNDO.- Se señaló para votación y fallo el día 31 de mayo; pero se ha terminado de deliberar el 7 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los motivos expresados en la demanda son, enunciados de forma escueta, los siguientes:

- Infracción art. 21.2 Ley 7/2001
- Infracción arts. 21.1 y 22.2 DE LA Ley 7/2001.
- Infracción art. 22.4 de la misma ley

En los fundamentos siguientes, analizaremos tales motivos.

Paso previo necesario es señalar que la Sala ha dictado sentencias en procesos en los que se impugnaba la misma orden que en el presente y en dichas sentencias se ha pronunciado sobre motivos y cuestiones sustancialmente iguales. Pero no estamos ante un supuesto de cosa juzgada, ni es su dimensión o efecto preclusivo ni es su dimensión o efecto prejudicial, puesto que no hay identidad subjetiva, al ser distinta la parte actora. Y, por otro lado, si, en alguna de las cuestiones se produce un cambio de criterio, intentaremos fundamentarlo en Derecho.

SEGUNDO- Comenzaremos el análisis por la alegada infracción del art. 22.4 de la Ley 7/2014, ya que es un motivo que se refiere a la elaboración de la Orden y, por ende, contrariamente a los otros dos (en los que la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

demandante se centra en las nuevas farmacias que se abren en la zona farmacéutica de Noja) afecta a toda la Orden.

Dispone el art. 22.4:

"La Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales revisará anualmente, en colaboración con otras instituciones públicas y con el Colegio de Farmacéuticos de Cantabria, las variaciones en los parámetros recogidos en el artículo 21 como criterios de planificación, a efectos de publicar cada año en el Boletín Oficial de Cantabria la convocatoria para el concurso de las oficinas de farmacia cuya apertura proceda, siempre que se den las circunstancias que permitan nuevas oficinas de farmacia." (El subrayado y la cursiva son nuestras)

Según la parte actora, no se ha consultado ni a instituciones públicas como el ente local implicado ni al Colegio de Farmacéuticos de Cantabria, antes de dictar la orden impugnada.

Se impone, como paso previo, una breve exegesis del precepto, centrándonos en la referencia al Colegio de Farmacéuticos:

El precepto contiene un mandato a la Administración de colaboración con el Colegio de Farmacéuticos de Cantabria, en lo relativo a una determinada actuación: La revisión de las variaciones en los parámetros recogidos en el artículo 21, que son los criterios para determinar el número de habitantes de la zona farmacéutica el cual determina la justificación o no de la creación de nuevas farmacias.

El precepto contempla la revisión sobredicha como paso previo a la publicación en el BOC de la convocatoria para el concurso de las oficinas de farmacia cuya apertura proceda.

No se trata de revisar los parámetros del art. 21 en el sentido de cambiarlos, sino de comprobar si su aplicación determina un aumento de la



población en las zonas farmacéuticas que justifique la apertura de nuevas farmacias.

El precepto establece una periodicidad anual para la revisión; pero el hecho de que no se cumpla ese carácter anual no excluye el mandato de colaboración cada vez que la Administración convoque concurso para la apertura de nuevas farmacias; pues el precepto considera la necesidad de verificar los resultados de población derivados de los criterios fijados en el art. 21 como paso previo a la decisión sobre la apertura de nuevas farmacias y la convocatoria del concurso al respecto (paso previo lógico, ya que la apertura de nuevas farmacias depende del aumento de población), y su objetivo inmediato es que el Colegio de Farmacéuticos colabore en esa verificación; por lo que es claro que, se cumpla o no la anualidad, si la Administración convoca un concurso para la apertura de nuevas farmacias (sea en un año, sea en más), habrá de verificar previamente que se cumplen los mínimos de población, aplicando los criterios del art. 21, y lo habrá de hacer en colaboración con el Colegio de Farmacéuticos de Cantabria.

Dicho esto, el siguiente problema hermenéutico en la exégesis del precepto es determinar el alcance y contenido del mandato de colaboración.

Es claro que es un mandato, esto es, algo indisponible para la Administración, algo reglado, en modo alguno discrecional.

La Ley de Cantabria 1/2001, de Colegios profesionales, enumera en su art. 10 algunas funciones de estos que se ejercen a requerimiento de la Administración, cuando la misma lo estime oportuno. Así las funciones establecidas en las letras:

- "g) Informar en los procedimientos, administrativos o judiciales, en que se discutan cualesquiera cuestiones profesionales, cuando sean requeridos para ello o cuando se prevea su intervención con arreglo a la legislación vigente." (El subrayado es nuestro)



- "n) Emitir los informes que se soliciten por el Gobierno de Cantabria en relación con las disposiciones generales que se refieran a la profesión colegiada correspondiente." (El subrayado es nuestro)

- "o) Ejercer cuantas competencias administrativas les sean atribuidas por la legislación, así como colaborar con la Administración mediante la realización de estudios, emisión de informes, elaboración de estadísticas y otras actividades relacionadas con sus fines, que puedan serle solicitadas o que acuerden formular por propia iniciativa." (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, en este caso, hay una disposición legal expresa (22.4 de la Ley 7/2014) que establece la colaboración en una concreta actividad, que la impone a la Administración, por lo que no depende de la libre voluntad de ésta que el Colegio colabore o no (aunque sí de este último, que puede decidir no colaborar).

Veamos ahora el contenido de ese mandato de colaboración:

Debemos empezar destacando la relevancia del mismo, en cuanto cauce para que el Colegio cumpla dos de sus fin esenciales: La defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados (art. 9 de la Ley 1/2001). Fines que definen la doble dimensión privada y pública de los Colegios profesionales. El primero es propio de su caracterización de base privada y el segundo justifica su naturaleza de Corporación de Derecho público, en cuanto persigue el interés público a que sirve el ejercicio de la profesión (la atención farmacéutica, elemento de la sanidad pública). Fines, que, sin lugar a dudas, se encuentran implicados en las decisiones sobre apertura de nuevas farmacias.

Esto dicho, hay que parar mientes en que el art. 22.4 de la Ley 7/2014 no determina ni el contenido material ni la manifestación formal de la colaboración.



Al parecer de la Sala, sin embargo, dos cosas están claras:

-Se trata de colaboración exclusivamente para verificar la aplicación concreta de los criterios del art. 21 y comprobar, así, si ha habido o no un aumento de población a los efectos de la creación de nuevas farmacias. No alcanza, por tanto, a la elaboración y aprobación de la orden de convocatoria ni a ningún otro aspecto de la creación de farmacias y la regulación de la mismas.

-No estamos ante una cuestión de competencia equivalente a la que, en el marco de la distribución territorial del poder, se da cuando la Constitución o los Estatutos de Autonomía llaman a la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la regulación o gestión de una materia, en las llamadas competencias concurrentes; ni tampoco ante una forma de colaboración frecuente en las relaciones competenciales entre Comunidades autónomas y entes locales (la titularidad de una fase propia; por ejemplo, la preparación con o sin aprobación inicial o provisional en la elaboración de la orden de convocatoria para la apertura de nuevas farmacias).

El art. 22.4 no establece una competencia del Colegio de Farmacéuticos sobre la determinación de la población de las zonas farmacéuticas y consiguiente decisión sobre la convocatoria para la apertura de nuevas farmacias.

La colaboración no es competencia decisoria, ni compartida ni concurrente con la de la Administración. La colaboración es participación.

¿Pero qué participación? O, lo que viene a ser lo mismo, ¿Cual es la forma de la participación?

La norma no establece una forma concreta: No define un trámite de informe preceptivo dentro del procedimiento administrativo de elaboración de la Orden de convocatoria de concurso para la apertura de



farmacias; ni un trámite de audiencia o consulta del Colegio, ni crea un órgano de composición mixta para la decisión de la convocatoria.

Siendo así, podría pensarse que el art. 22.4 de la Ley 7/2104 es una norma incompleta, de imposible aplicación mientras no tenga un desarrollo reglamentario que establezca la forma concreta en que ha de manifestarse el mandato de colaboración. Tal desarrollo es esencial, además, porque permitiría determinar con precisión la consecuencia jurídica del incumplimiento del mandato de colaboración. Por ejemplo, como vicio esencial del procedimiento, si se constituyese como informe preceptivo o como un trámite de audiencia.

Ahora bien, la Sala entiende que la ausencia de esa concreción reglamentaria, no puede dejar completamente vacío de significado normativo al art. 22.4, dada la relevancia que, hemos visto, tiene el mismo en el marco de los fines del Colegio profesional.

El significado normativo que tiene dicho precepto es que no cabe que la Administración acuerde la convocatoria de concurso para la apertura de nuevas farmacias, sin que el Colegio de Farmacéuticos de Cantabria haya tenido la oportunidad de conocer la decisión de apertura de nuevas farmacias y podido dar su opinión al respecto de la necesidad de nuevas farmacias por razones de población, en aplicación de los criterios del art. 21.

No es preciso que se haya seguido un cauce o trámite concreto al respecto. No es necesario, por ende, que la Administración haya dado audiencia formal al Colegio ni que le haya dado el trámite de informe previo, ni que haya constituido un órgano mixto de colaboración en el que se integre el Colegio. Sería suficiente con que constasen datos o circunstancias que denotaran que el Colegio (sus órganos o representantes) ha conocido la convocatoria y ha podido, por ende, dar su opinión, no sobre todo su contenido (que eso no lo exige la norma) sino sobre la necesidad de nuevas farmacias en razón del aumento de población.



Y, es más, dada la ausencia de desarrollo reglamentario en cuanto a la forma y alcance concreto de su regulación, lo que impide determinar con claridad la consecuencia jurídica de la inexistencia de colaboración, no podría invalidarse la orden de convocatoria salvo que se demostrase, por un lado, que se ha impedido que el Colegio manifieste su opinión sobre el aumento de población, y, por otro, que de no existir dicho impedimento, podía haber variado el computo de población con la consecuente necesidad de mas farmacias de las finalmente creadas o de la falta de justificación de algunas de éstas.

Lo que inmediatamente precede permite descubrir otro aspecto de la cuestión; a saber:

Cualquier colegiado titular de una oficina de farmacia en Cantabria está legitimado para defender el correcto seguimiento del procedimiento de elaboración de las convocatorias de nuevas farmacias y, por supuesto, el cumplimiento de los trámites que impliquen la participación del Colegio profesional; y, consiguientemente, para pretender ante un tribunal la declaración o constitución de la consecuencia jurídica que la ley imponga al incumplimiento del trámite de que se trate. Pero, como hemos visto no existe un trámite concreto en el que se manifieste el mandato legal abstracto e indeterminado de colaboración. Y, aunque esta carencia no excluya la legitimación de un colegiado para alegar el incumplimiento de dicho mandato, sí que permite sostener que el silencio y, aun más, la aquiescencia del Colegio ante la aprobación de la convocatoria justifica la presunción, no ya de que el Colegio ha colaborado (participado), sino de que la eventual falta de colaboración no ha lesionado los intereses que el Colegio protege. Y si así es, no puede un colegiado fundar la invalidez de la convocatoria en el incumplimiento del art. 22.4, pues, no está de más recordado aun siendo obvio, la colaboración no es con cada uno de los colegiados sino con la corporación de derecho público.

Se ha aportado por la Administración demandada un recorte de prensa en el que se relata que, con ocasión de la presentación de la

convocatoria impugnada, la presidenta del Colegio de Farmacéuticos de Cantabria mostró su satisfacción con la convocatoria, que llevaban esperando los farmacéuticos desde el año 2003.

Este hecho (que la parte actora no niega) no demuestra que haya habido un trámite concreto en el que se articulara el mandato de colaboración (trámite que, recordamos, no prevé la norma). Pero sí permite presumir que el Colegio conocía la intención de la Administración de abrir nuevas farmacias, lo que se venía esperando y, cabe suponer, solicitando por el Colegio desde el año 2003, lo que implica que ha podido mostrar su posición por caminos, digamos, informales, pero no, por ello, necesariamente ineficaces en el logro del fin de la colaboración; y, en cualquier caso, indica que el Colegio no muestra oposición al modo y resultado del compute de la población.

En cuanto a la colaboración con otras instituciones públicas, hay que parar mientes en que se trata de una norma todavía más indeterminado, pues la ley no concreta las instituciones pública con la que se debe colaborar. Y esa carencia es esencial, pues permite matizar el carácter de mandato de colaboración que hemos predicado en el caso del Colegio profesional.

En efecto, cabe sostener que la indefinición sobre las entidades con las que colaborar, indica que estamos en presencia, más que de una participación institucional, en defensa de los intereses de instituciones concretas de alguna manera implicados por la decisión de abrir nuevas farmacias (o de la visión que las instituciones públicas tengan del interés público sanitario), de una participación técnica sobre el compute de población en aplicación de los criterios objetivos del art. 21, una participación que la Administración puede solicitar o no, ubicándose la cuestión más que en el tema de una participación preceptiva previa a la aprobación, en el de la justificación y fundamento del cálculo de población.



En este último sentido, haya que parar mientes en que la Administración ha solicitado datos de población al padrón municipal y otras instituciones públicas (folios 16 y 17 del expediente).

TERCERO.- La demandante entiende que se ha vulnerado el art. 21.1 de la Ley de Cantabria 7/2001.

Dicho precepto dispone:

1. A efectos de establecer el cómputo de habitantes de cada zona farmacéutica en el momento de solicitud de apertura de nueva oficina de farmacia, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

a) Número de habitantes según el Padrón Municipal vigente en el municipio que se corresponde con la zona farmacéutica y, en su caso, con la parte del municipio integrado en la zona básica de salud correspondiente.

b) El veinte por ciento del número de las plazas turísticas de toda la zona farmacéutica, entendiendo como tales las plazas hoteleras, de apartamentos turísticos y de camping, acreditados mediante certificación emitida por el órgano correspondiente de la Consejería del Gobierno de Cantabria responsable de Turismo.

c) El veinte por ciento de las viviendas construidas de segunda residencia, computando tres habitantes por cada vivienda, justificadas mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, siempre que resulte acreditada la procedencia o aprobación de tales datos por organismos oficiales."

Fin de la cita. El subrayado y la cursiva es nuestra.

Según la demandante el art 21.1 se ha vulnerado porque no ha tenido en cuenta los datos de población de la fecha de solicitud (2015).

En conexión con ese argumento, alega, también, la demandante la infracción art. 21.1.c), por incluir en la zona de Noja como viviendas de segunda residencia algunas que no tenían ese uso.

La respuesta de la Sala a estos alegatos es la siguiente:

En el párrafo primero del art. 21.1 el cómputo de habitantes se refiere al momento de solicitud. Pero, si ponemos en relación este precepto con el 22.4, puede verse que lo que la Administración debe hacer es un cómputo coetáneo a las solicitudes de apertura de nuevas farmacias consecuentes a la convocatoria anual, aplicando los criterios fijados en el art. 21.1; es decir, lo que no puede hacer la Administración es basarse en cómputos precedentes, lo que es lógico porque la apertura de nuevas farmacias depende directamente del aumento de la población. Pero ello no significa que la Administración tenga que hacer un recuento puntual del número de pobladores real cada vez que haya una solicitud de apertura, de forma tal que no pueda utilizar datos oficiales de otros años que estén vigentes. Piénsese que la población no se determina por un método directo de recuento del que resulte el exacto número de habitantes habituales o de temporada, sino por métodos indirectos, utilizando criterios razonables aproximativos (padrón, 20% de plazas turísticas, 20% de segundas residencias); y para aplicar estos criterios puede acudir a datos oficiales vigentes. Véase que el propio artículo 21.1, en su letra c) acude al padrón vigente, sin que requiera revisiones puntuales del mismo cada vez que se solicite la apertura de nuevas farmacias y, mucho menos, un contraste, digamos de campo, del padrón con los datos reales de habitantes habituales.

En cuanto a la letra c) del art. 21.1, la demandante, según hemos entendido, alega que la Administración debe comprobar que las viviendas que computa se ocupan realmente como segunda residencia por personas no empadronadas, excluyendo aquellas que no se ocupan o que se destinan a usos no residenciales.



Para refutar este argumento, hay que recordar que la ley opta por métodos indirectos aproximativos razonablemente fiables y no por un recuento exacto de la población fija o de temporada. Y de ahí que no sea necesario comprobar edificio por edificio si se destina realmente a segunda residencia o a comercio o industria o cualquier otro menester, lo cual, amén de no ser requerido por la norma, puede convenirse, sería ineficiente, por costoso en tiempo y en medios.

La norma acude, como hemos dicho, a presunciones razonables expresadas en criterios objetivos aproximativos. Pues bien, en este marco, puede sostenerse que la consideración como viviendas de segunda residencia de un tanto por ciento (el 20%), y no del total, de las viviendas en las que no hay personas empadronadas, responde a la necesidad de dejar un margen a la posibilidad de que algunas de dichas viviendas no se ocupen realmente o no se destinen a uso habitacional.

Finalmente hay que decir que la parte actora se mueve en la abstracción, porque no determina las viviendas que, según su tesis, se han computado erróneamente ni concreta en qué y por qué ha habido un cálculo equivocado de la población de temporada. Lo que hace es desplazar a la Administración una carga injustificada: La de comprobación puntual y exhaustiva de la ocupación real y el destino de cada una de las viviendas que compute como de segunda residencia.

Con lo que precede no descartamos que, si esos métodos indirectos a los que acude el art. 21.1 conducen a resultados notoriamente alejados de la realidad poblacional actual, por considerarse datos obtenidos muy atrás en el tiempo o meridianamente desfasados, deberían actualizarse. Pero es a la parte actora a la que le corresponde acreditar que es precisa esa actualización, es decir, le corresponde probar que los datos considerados por la Administración conducen a una aplicación de los criterios del art. 21.1 con un resultado claramente desconectado, por exceso o por defecto, con la realidad poblacional. Y no ha cumplido tal carga en este caso, pues no justifica que la población actual no permita la creación de nuevas farmacias ni en Noja ni en otras zonas farmacéuticas.



En el informe pericial que aporta se consideran datos de consumo de servicios básicos (agua, luz, etc); pero, insistimos, la ley establece otros criterios objetivos; ello amen que esos datos de consumo, en sí mismos, no tienen virtualidad para demostrar la inutilidad de los criterios legales o su derivación en resultados de población notoriamente alejados de la realidad; sería preciso, a tal efecto, una prueba más concreta.

CUARTO.- Nos ocuparemos, finalmente, del motivo consistente en la infracción del art. 21.2 de la Ley de Cantabria 7/2001.

Establece dicho artículo:

“En el supuesto de que para autorizarse una nueva oficina de farmacia se computen plazas turísticas y viviendas de segunda residencia, en la forma establecida en los párrafos b) y c) anteriores, la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales, teniendo en cuenta las necesidades de atención farmacéutica, delimitará el lugar donde se haya de ubicar la nueva oficina de farmacia, la cual deberá establecerse dentro de la zona acotada.”

Fin de la cita. El subrayado es nuestro.

Antes de proseguir, hay que precisar que, si bien la demandante se refiere en términos generales a la Orden, las argumentaciones que vierte en desarrollo del motivo de referencia y la prueba pericial que aporta se centran en la creación de nuevas farmacias en la zona de Noja, por lo que nuestro análisis se limitará a esa zona.

En aplicación del precepto citado, la demandante argumenta como sigue (según hemos entendido y expresamos con nuestras propias palabras:)

Para la determinación de la población que justifica la creación de nuevas farmacias en Noja, se han tenido en cuenta las plazas turísticas y



las viviendas de segunda residencia (cuestión no controvertida), pero no se ha delimitado un lugar concreto de ubicación de las nuevas farmacias.

La demandante entiende que la obligación de fijar un lugar concreto de ubicación de las nuevas farmacias es un imperativo legal que nace del hecho de computar plazas turísticas y viviendas de segunda residencia, y que la Administración sólo goza de margen de apreciación en la elección del lugar de ubicación.

En el planteamiento de la Administración demandada subyace otra tesis:

Por un lado, nos ha parecido que entiende que el lugar de ubicación puede coincidir con la zona farmacéutica.

Pues bien, esto es algo que no se compadece con la norma citada, pues está muy claro en su texto y en su fin que la delimitación que contempla es una delimitación añadida y más concreta a la proporcionada por la zona farmacéutica; es la delimitación de un lugar o zona acotada dentro de la zona farmacéutica de que se trate. No sería necesario y resultaría notoriamente superfluo el art. 21.2, si lo que quisiera mandar es que las farmacias creadas en cada zona farmacéutica se ubiquen dentro de la misma.

En realidad, la tesis fundamental de la Administración, la que se opone a la de la demandante es, según hemos entendido, la siguiente:

La delimitación de un lugar concreto de ubicación dentro de la zona farmacéutica de que se trate no es una obligación que siga, de forma automática e ineludiblemente, a la consideración de la población de temporada (plazas turísticas y viviendas de segunda residencia) para la creación de nuevas oficinas de farmacia, pues deben considerarse las necesidades farmacéuticas. Es decir, según hemos entendido, la Administración parte de que el criterio enunciado con el concepto jurídico indeterminado "necesidades de atención farmacéutica" se proyecta sobre



todo el precepto, orientando la actuación de la Administración no solo a la hora de elegir una ubicación sino, también, a la hora de decidir si procede o no tal delimitación.

Este es el análisis de la Sala al respecto:

El tenor literal del precepto parece apoyar la interpretación de la demandante, pues establece una obligación clara de delimitación ("delimitará") que liga al hecho mismo de tener en cuenta, para el cálculo de la población que permite la abertura de nuevas farmacias, los criterios establecido en los apartados b) y c) del art. 21.1. En la estructura gramatical del precepto, el concepto jurídico indeterminado "necesidades de atención farmacéutica" aparece referido, no tanto a la obligación de delimitar un lugar de ubicación, como a la elección de ese lugar.

Esa interpretación literal es coherente con el fin del precepto: Cubrir las necesidades farmacéuticas que surgen de un aumento de la población de temporada (la que no está empadronada pero reside en el municipio o municipios que abarcan la zona farmacéutica durante determinados periodos de tiempo, paradigmáticamente los vacacionales, aunque también pueden considerarse los visitantes más esporádicos de corta permanencia). Y para alcanzar dicho fin no solo ha de contemplarse la creación de más farmacias sino, igualmente, la ubicación de las mismas, a fin de que la prestación farmacéutica se aproxime a esa población flotante lo necesario para ser una prestación accesible, efectiva y eficaz. Estamos ante un criterio de ubicación específico respecto a los generales previstos en el art. 23 de la Ley 7/2001, que contempla la creación de farmacias con fundamento en el incremento de la población flotante.

Ciertamente, podría darse el caso de que la prestación del servicio farmacéutico, aun considerando el aumento de población de temporada, no precisase que las nuevas farmacias se ubiquen en lugares predeterminados por la Administración, por ejemplo porque la residencia de la población de temporada (viviendas de segunda residencia y plazas turísticas -hoteles, campings, etc.) esté diseminada por la zona

farmacéutica, sin concentraciones significativas en determinadas zonas. Pero las leyes suelen atender a los casos normales obviando los casos aislados más infrecuentes. Y en esta línea, cabe entender que el art. 21.2 atiende a un supuesto general de normalidad: Que la población vacacional se concentre, en mayor o menor medida, en zonas delimitadas (hoteles, urbanizaciones de segundas residencias), próximas a las atracciones turísticas (zonas de playas, como podría ser el caso, o de estaciones de esquí o centros de montaña), y, por eso, parte de que la efectividad del servicio farmacéutico de la población de temporada precisa no solo de la creación de nuevas farmacias sino de su aproximación a las zonas en el que reside esa población.

Desde este punto de vista, que cohonesta el tenor literal del precepto, con su objetivo regulador; el que la Administración no delimite un lugar o zona concreta para la ubicación de las nuevas farmacias se presenta, más que como un decisión enmarcada en un margen de apreciación que el precepto le atribuya, como una excepción a la regla general de la delimitación de un lugar concreto de ubicación de las farmacias creadas en función del aumento de población flotante.

Y, por ello, pudiendo admitir que la decisión de no delimitar un lugar concreto de ubicación podría considerarse enmarcable en el mandato del art. 21.2, nunca podría considerarse un facultad administrativa libre, ni discrecional, sino sometida a un parámetro de Derecho, aprehensible, en consecuencia, por el conocimiento jurídico y plenamente controlable por los tribunales, cual es las "necesidades de atención farmacéutica", parámetro cuya fuerza vinculante de sujeción de la decisión administrativa se incrementa en virtud de que la decisión de no delimitar un lugar concreto de ubicación de las nuevas farmacias se presenta, según tenemos dicho, no como el ejercicio, digamos normal, de una facultad de apreciación que a la Administración le da la ley, sino como una excepción a la regla de la delimitación de una ubicación concreta.

La interpretación que precede no se ve desvirtuada por el principio "favor libertatis", al que se alude en la contestación a la demanda.



En efecto, las limitaciones a la apertura de nuevas farmacias son compatibles con la constitucional libertad de empresa, en la medida que respondan a la plena y efectiva atención farmacéutica, la cual, en cuanto factor indispensable para la protección de la salud (obligación constitucional ineludible de los poderes públicos), se constituye en un servicio de claro interés público, lo que justifica su regulación normativa y su intervención por la Administración. Y, en ese marco, las restricciones a la libre ubicación de las farmacias aparece como un imperativo normativo en aras del acercamiento de las mismas a la población destinataria del servicio farmacéutico, criterio de proximidad que es obvio corolario de la efectividad de dicho servicio, valor este último que debe imponerse, en términos de ponderación, al aspecto de la libertad de empresa que es la opción por el establecimiento de la actividad, con la salvedad de que la concreta limitación de que se trate sea notoriamente desproporcionada, atendiendo a las circunstancias relevantes el caso.

De lo que venimos argumentando, se infiere lo siguiente:

Si, como mantenemos, el art. 21.2 parte de la necesidad de delimitación de un lugar concreto de ubicación de las nuevas farmacias creadas en razón del aumento de la población de temporada, como el supuesto normal o la regla; la decisión administrativa de no hacer esa delimitación debe justificarse cumplidamente en que la misma no es en absoluto necesaria por no servir en nada al objetivo subyacente a la norma, cual es el acercamiento del servicio farmacéutico la población en razón de la cual se crean las farmacias.

Hay que señalar que la profundización en el principio de proporcionalidad, más allá de ese criterio de necesidad, debe hacerse, más que en la fase de toma de decisión sobre si se delimita o no un lugar concreto de ubicación, en la fase de elección de ese lugar, fase en la que puede coonestarse la necesidad de atención farmacéutica con los intereses de los titulares de las farmacias, (que, bueno es recordarlo, no pueden



sobreponerse, en abstracto, a la protección de la salud a que coadyuva la efectividad del servicio farmacéutico).

En la justificación de la omisión de la delimitación, la Administración debe considerar las circunstancias que sean relevantes para lograr el fin del mandato del art. 21.2; y la que aparece como obvia es la plasmación del aumento de la población de temporada en el territorio que comprende la zona farmacéutica de que se trate, es decir, su concentración o no en determinados lugares, para cuya determinación es preciso un estudio de ubicación de las viviendas de segunda residencias, de las plazas hoteleras, de los campings o de otras formas o lugares de normal residencia de la población de temporada, así como un estudio de la ubicación de las farmacias existentes, y un razonamiento que ponga en conexión los resultados de dichos estudios con la dificultad o facilidad de acceso a las farmacias existentes.

QUINTO.-Descendiendo al caso concreto con las alforjas del razonamiento teórico que precede, vemos lo siguiente:

La parte a actora ha aportado un informe, en el que partiendo de una zonificación por áreas funcionales realizada en el avance del nuevo PGOU (dato que, contrariamente a lo que alega la Administración demandada, es perfectamente atendible, aunque el PGPU no esté definitivamente aprobado, pues no se trata de aplicar una norma del planeamiento, sino de servirse, para un estudio empírico, de un realidad que permite un criterio de zonificación) y de un estudio sobre la ubicación de la población flotante, propone dos barrios de posible ubicación de las farmacias.

Dicho informe no es lo suficientemente determinante como para que la Sala fije en los barrios propuestos la ubicación de las dos nuevas farmacias que la orden saca a concurso; pero sí pone en evidencia que la Administración ha obviado injustificadamente la delimitación de la ubicación concreta de las nuevas farmacias que se sacan a concurso en Noja.



Hay que tener en cuenta que no es la parte actora la que ha de acreditar que es imprescindible la delimitación que propone, a los efectos de garantizar la prestación del servicio farmacéutico, sino que es la Administración la que debe acreditar que cabe obviar la delimitación concreta que impone el art. 21.2, porque es absolutamente innecesaria para la efectiva prestación farmacéutica.

La Administración no ha cumplido tal carga probatoria.

En el informe que es acompaña con la contestación a la demanda, se acude los criterios de la distinta configuración de las zonas farmacéuticas, argumentando que la zona de Noja solo tiene un municipio, y al criterio del número de farmacias, señalando que en Noja ha cuatro (contado con las dos nuevas sacadas al concurso).

Pero esos criterios son ajenos al sentido de la obligación de delimitación prevista en el art. 21.2, pues éste busca la aproximación de las farmacias a la población de temporada, y este objetivo remite, más que al número de farmacias o al ámbito territorial de la zona farmacéutica (circunstancia contemplada en el criterio general de ubicación previsto en el art. 23.2 de la Ley 7/2001), a la mayor o menor proximidad de las farmacias a las zonas donde se da la mayor concentración de residencia de la población de temporada.

La excepcional omisión de la delimitación de un lugar concreto de ubicación de las farmacias prevista en el art. 21.2, requiere, consiguientemente, una justificación cumplida fundada en estudios sobre las zonas de residencia de la población de temporada tenida en cuenta para la creación de las nuevas farmacias, a los efectos de determinar las posibilidades de fácil acceso de los usuarios, estudio que logre datos concretos obtenidos de fuentes fiables, que permitan concluir que la población de temporada recibirá una prestación farmacéutica efectiva y eficaz sea cual sea la ubicación de las nuevas farmacias (obviamente



cumpliendo las reglas de ubicación generales previstas en el art. 23 de la Ley 7/2001)

Tal estudio no costa se haya hecho por la Administración, cuyos informes se mueven en un plano de abstracción insuficiente para justificar la omisión de la clara regla de delimitación del lugar de ubicación de las nuevas farmacias dispuesta en el art. 21.2.

SEXTO.- Lo que precede avoca a la anulación de la orden impugnada; pero con las siguientes matizaciones:

1ª.- El único motivo que hemos estimado de los alegados por la parte actora es la omisión injustificada de la delimitación de un lugar concreto de ubicación de las nuevas farmacias creadas en la zona farmacéutica de Noja.

2ª.- Dicho motivo de anulación marca el alcance de la tutela judicial que ha de darse al interés de la parte actora de la siguiente forma:

a) La anulación no alcanza a toda la Orden, como pretende la orden, sino únicamente a la creación de nuevas farmacias en Noja.

b) La anulación no lo es de la creación misma de las farmacias (porque no se ha apreciado el incumplimiento de los criterios de población que justifican esa creación). La anulación se proyecta exclusivamente sobre la omisión de la delimitación de un lugar concreto de ubicación de las farmacias.

SÉPTIMO.- No procede la condena en costas porque estamos ante una estimación parcial del recurso contencioso-administrativo y no parecíamos temeridad ni mala fe en la conducta procesal de las partes (art. 139.1 LJCA).



FALLO.- Estimamos parcialmente el presente recurso contencioso. Administrativo, anulamos la Orden SAN 20/2015, de 9 de marzo en lo que se refiere a la omisión en la zona de Noja de la delimitación de la ubicación concreta prescrita en el art. 21.1 de la Ley. Sin costas.



VOTO PARTICULAR formulado por la Magistrada Doña Clara Penín Alegre en el recurso 349/2015.

En Santander a siete de julio de dos mil diecisiete.

En el presente procedimiento, recurso ordinario nº 349/2015, se ha dictado por la Sala sentencia contando con el voto mayoritario de los otros dos Magistrados, parecer del que respetuosamente discrepo, exponiendo a continuación las razones de mi desacuerdo.

Primero. Como defendí durante la deliberación del presente recurso, la cual terminó el cinco de julio, asumiendo los fundamentos de derecho segundo y tercero expuestos por el ponente por los que se desestiman dos de las infracciones invocadas por la recurrente, discrepo de la apreciación del último motivo abordado por la Sala a partir del fundamento cuarto y por el que anula parcialmente la Orden SAN 20/2015. En concreto, al considerar se produce una omisión injustificada de la delimitación de un lugar concreto de ubicación de las nuevas farmacias creadas en la zona farmacéutica de Noja. La Sentencia mayoritaria parte de la ausencia de vinculación a los anteriores pronunciamientos de la Sala sobre la misma actuación administrativa, pero rechaza su efecto positivo o prejudicial por falta de identidad subjetiva en los distintos procesos, lo que permitiría un cambio de criterio en una de las cuestiones ya resueltas (fundamento jurídico primero, in fine). Inclusive cuando el propio ponente asumió el inicial parecer de la Sala en el rec. 214/2015, sentencia de 20 de abril de 2017.

Con el mayor de los respetos a la tesis mayoritaria, considero que, con base en el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la



Constitución, razones de coherencia y exigencias del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, una misma realidad jurídica no puede ser al tiempo y por un mismo motivo legal e ilegal y menos aún para una misma Sala. Más en concreto, cuando dentro de un concurso, como el que es objeto de debate, se afirma por el mismo Tribunal en relación a una misma zona farmacéutica, la de Noja (ZF 63), primero, que se considera no vulnerada la Ley autonómica 7/2011 en su artículo 21.2 *«al delimitar la nueva oficina en poblaciones pequeñas como la contemplada (...) por la zona farmacéutica, lo que a su vez permite una lectura de la Ley autonómica compatible con los principios comunitarios de libertad de establecimiento y de empresa»*, y en una sentencia posterior declarar que esta delimitación *«no se compadece con la norma, pues está muy claro en su texto y su fin que la delimitación que contempla es una delimitación añadida y más concreta que la proporcionada por la zona farmacéutica»*. Es evidente que se trata de pronunciamientos contradictorios que, por lo demás, no se anclan sobre hechos externos, nuevos argumentos aducidos en este nuevo procedimiento no considerados con anterioridad o jurisprudencia posterior recaída a los que alude el Tribunal Constitucional, por lo que considero no se justifica suficientemente, a mi parecer, el por qué del cambio de criterio más allá de hacer una lectura distinta del precepto.

El cambio de criterio por un Tribunal es considerado a nivel constitucional como posible si se ofrece una fundamentación suficiente y razonable, o ésta resulta patente de la nueva fundamentación u otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, pues se parte de que *«un mismo órgano jurisdiccional no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación, que permita deducir que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta ad personam»*



(STC 105/2009, de 4 de mayo). Pese a la extensión de la argumentación de la Sala sobre el nuevo criterio en la sentencia mayoritaria, insisto, considero se explica sólo el nuevo criterio, no el por qué del cambio, las razones concretas que han llevado a la nueva lectura cuando han sido unos mismos los argumentos esgrimidos e incluso el ponente asumió el anterior parecer del Tribunal.

La STC 21/2011, de 14 de marzo, en relación a la contradicción de sentencias dictadas por distintos órdenes jurisdiccionales sobre unos mismos hechos y sin vinculación de cosa juzgada, ha afirmado que:

«si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución española (...)

...a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 de la C.E. Pero, en cuanto a dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la C.E, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios».

Aun partiendo de la diferencia de supuestos, sí ofrece los términos de referencia sobre las expectativas de los justiciables y la repugnancia que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

en derecho produce sentencias patentemente contradictorias.

Segundo. Ciertamente es que no se dan los requisitos que literalmente exige el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para apreciar el efecto positivo de la cosa juzgada que de forma breve se menciona en la sentencia no se produce para justificar el cambio de criterio. Pero tampoco desciende la resolución mayoritaria a las concretas circunstancias que lo ameritan. La prueba se analiza tras exponer el cambio de criterio, que se realiza a nivel de interpretación del precepto en liza. De hecho, el nivel de exigencia de los requisitos legales depende de la jurisdicción que analice el efecto positivo de la cosa juzgada. Así, la sentencia Sala 4ª del Tribunal Supremo (por todas, ver sentencia de 28-11-2016, nº 999/2016, rec. 101/2015) «no excluye el efecto de cosa juzgada material el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes». Entiende la Sala 4ª que:

«... a) la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas...; b) por ello se impone una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos (entre las recientes, SSTs de 20/10/05 -rec. 4153/04 -; 05/12/05 -rec. 996/04 -; 19/12/05 -rec. 5049/04 -; 23/01/06 -rec. 30/05 -; y 06/06/06 -rec. 1234/05 -); c) con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes (SSTs 30/09/04 (-rec. 1793/03 -; y 20/10/04 -rec. 4058/2003).... y d) conforme al art. 222 LECiv



, «la cosa juzgada... excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» (párrafo 1) y que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada... vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» (párrafo 4)).

Este criterio flexible no es compartido por la Sala 3ª. De hecho, como resume la Sentencia de la sec. 2ª, de 23-2-2017, nº 317/2017, rec. 9/2016 en lo que denomina cuerpo consolidado de doctrina jurisprudencial:

La cosa juzgada material desempeña una doble función. En primer lugar, si se promueve un proceso, cuyo objeto es jurídicamente idéntico al decidido por la sentencia dictada en un proceso anterior, obliga al juzgador del segundo proceso a ponerle fin apreciando la correspondiente causa de inadmisión. Esta es la función negativa o excluyente que impide una segunda sentencia sobre el fondo. En segundo lugar, comporta una vinculación positiva o prejudicial, según la cual si se promueve un segundo proceso que es sólo parcialmente idéntico a la cosa juzgada producida en el primer proceso, el Tribunal en el segundo proceso, en el caso de que formen parte de su thema decidendi cuestiones decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como indiscutible punto de partida. En este sentido la STC 77/1983 resume las aludidas funciones en los siguientes términos: "la cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema".

a) En su vertiente negativa, la excepción de cosa juzgada tiene su expresa consagración en el artículo 69.d) LJCA dando lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo (...) la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad



de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente.

b) El efecto prejudicial positivo dependerá de la conexión entre el acto, disposición o actuación juzgados y el acto, disposición o actuación respecto de los que se invoca dicho efecto en el proceso ulterior».

Pese a los matices que destaca la Sala 3ª, lo cierto es que las circunstancias a considerar en el efecto positivo pivotan sobre la conexión de la actuación juzgada. Y en este supuesto se trata de la misma actuación administrativa referida a una misma zona farmacéutica, actuación que es impugnada por unos mismos argumentos siendo el criterio interpretativo el que se varía. Aun cuando no se trate de los mismos sujetos, considero que la Sala debería haber proporcionado una misma respuesta jurídica al mismo problema previamente resuelto. Y esencialmente, porque la primera sentencia no consta sea firme.

Tercero. Aun cuando no se considerase la necesidad de coherencia y mantenimiento del criterio sobre unos mismos hechos en tanto no se modifiquen las circunstancias y argumentos a considerar, también discrepo de la interpretación que realiza ahora la Sala.

Respecto de la concreta zona farmacéutica objeto de discordia, Noja, la Sala dictó sentencia en el recurso 216/2015 con fecha 31 de marzo de 2017 desestimando la demanda en relación con la vulneración del artículo 21.2 invocada de la Ley autonómica 7/2011, de 19 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cantabria. Precepto que dispone:

«En el supuesto de que para autorizarse una nueva oficina de farmacia se computen plazas turísticas y viviendas de segunda residencia, en la forma establecida en los párrafos b) y c) anteriores, la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios



Sociales, teniendo en cuenta las necesidades de atención farmacéutica, delimitará el lugar donde se haya de ubicar la nueva oficina de farmacia, la cual deberá establecerse dentro de la zona acotada».

Entonces se consideró que esta delimitación impuesta ex novo por la legislación autonómica al no estar prevista en la legislación estatal, la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, no concretaba ni el cómo ni los criterios con los que debían apreciarse las necesidades de atención farmacéutica, surgiendo esta obligación de delimitar sólo en el supuesto de que se computasen plazas turísticas y viviendas de segunda residencia. Razón por la que la Sala concluyó que la interpretación de la exigencia de delimitación referida al conjunto de la zona farmacéutica era válida cuando ésta zona era pequeña, como en el caso de Noja. Solución que se consideró más respetuosa con las libertades de empresa (art. 38 CE) y de establecimiento (art. 49 TFUE) y con el régimen jurídico vigente de ordenación farmacéutica, dado que en dicho recurso se aludía a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en la materia, lo que no acontece en este procedimiento.

El marco legislativo nacional, para comprender ambos criterios, es el siguiente. El artículo 2.1 de la ley estatal deja en manos de las Comunidades Autónomas los criterios específicos de planificación considerando los parámetros que recoge el artículo 2.2, ambos básicos conforme a su Disposición Final Primera. Y siempre con la finalidad de *«garantizar la adecuada atención farmacéutica a toda la población»*. En Cantabria, esta planificación se contempla en el artículo 19 siguiendo dichos criterios y expresando que la misma se realizará *«a través de las zonas farmacéuticas»*. Zona que, conforme al artículo 20, es la demarcación que garantiza a la población una asistencia farmacéutica adecuada,



objetivo marcado por la legislación básica. Luego en principio, la zona farmacéutica es la zona de referencia para garantizar la adecuada atención farmacéutica.

En cuanto a la concreta ubicación, el artículo 23 establece la regla general de distancias previstas en la normativa estatal, 250 m. de la oficina más próxima y 150 m. de cualquier centro público de asistencia, distancia que podrá reducirse excepcionalmente y siempre que existan razones de interés general que así lo justifiquen. Y cuando se autorice la apertura de una nueva oficina de farmacia para dar cobertura a un municipio o área que abarque a varios núcleos de población, la Administración *podrá* (que no *deberá*) acordar su ubicación en la población que carezca de oficina de farmacia y que cuente con el mayor número de habitantes.

La sentencia mayoritaria entiende que el artículo 21.2 constituye un criterio específico de ubicación y, pese a admitir que puede no ser necesario que se ubiquen las nuevas oficinas en lugares predeterminados por la Administración, considera que la ley atiende a los casos normales: que la efectividad del servicio farmacéutico de la población de temporada precisa la aproximación a las zonas en las que reside esta población flotante. Y aun cuando admite que la decisión de no delimitación puede considerarse enmarcable en el artículo 21.2 en función de las necesidades de atención farmacéutica, dicha decisión estima tendría que estar justificada cumplidamente. Una vez expuesto el cambio de parecer, sostiene que la pericial sobre el "avance" del nuevo PGOU evidencia la ausencia de justificación de la delimitación de la ubicación concreta y que ésta justificación omitida precisa de unos previos estudios sobre las zonas de residencia de la población de temporada.



Discrepo de esta apreciación pues, en primer lugar y respecto de la pericial, como se dijo por la Sala en la Sentencia dictada en el PO 275/15 en relación a un informe similar, la idoneidad de la ubicación de una nueva oficina no puede descansar en criterios urbanísticos de previsiones de futuro crecimiento sino exclusivamente en las necesidades de atención farmacéutica actuales. Máxime cuando se trata de un mero "avance" sobre una perspectiva futura. La ubicación, se reitera, debe ser presente y descansar en necesidades farmacéuticas reales.

Tampoco comparto la nueva interpretación que se realiza del artículo 21.2 autonómico considerándole un criterio "específico" respecto de la regla general del artículo 23. Y si la regla general es que sólo se exige una distancia mínima de 250 m. entre oficinas, resultaría incoherente introducir una regla que exigiera una ubicación como la pretendida, cuando las excepciones que contempla dicho precepto son precisamente de sentido contrario, tendentes a reducir esta exigencia de 250 m de distancia mínima. El artículo 21.2 no alude al término ubicación, ni el artículo 23 hace alusión a la población flotante como excepción a la regla general. Por el contrario, cuando el artículo 23 se refiere a la apertura de una nueva oficina de farmacia para dar cobertura a un municipio o área que abarque a varios núcleos de población, otorga a la Administración la facultad de determinar su ubicación en la población que carezca de oficina y que cuente con mayor número de habitantes (*«podrá acordar su ubicación»*). Lo que regula el artículo 21.2 autonómico es el módulo de población mínimo en coherencia con el artículo 2.3 de la Ley estatal. Si la Ley parte de la zona farmacéutica como parámetro de referencia para dar cumplimiento al objetivo de adecuada atención farmacéutica, considero que en zonas pequeñas como la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

de Noja la delimitación en función de la zona farmacéutica resulta suficiente, tal y como consideró inicialmente la Sala.

Finalmente y como tercer argumento de discrepancia, partiendo de la razonabilidad del criterio de la sentencia mayoritaria en cuanto a la exigencia de una delimitación más allá de la zona farmacéutica, considero que la interpretación del este precepto ha de hacerse en el contexto de que una exigencia sobre ubicación constituyen una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 49 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Restricción que puede estar justificada por razones imperiosas de interés general (en este caso la protección de la salud pública y el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad), *«siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que sea necesario para alcanzar dicho objetivo»* (STUE de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07, Blanco Pérez y Chao Gómez, en relación con la normativa asturiana). En ese caso analizado por el TUE y no citado ni en el recurso, se analizaron tres restricciones previstas en la ley estatal referidas a la necesidad de autorización administrativa y aprobación de concurso, la fijación de unos mínimos de población para su instalación, y la exigencia de una distancia mínima de 250 metros. Y en el juicio de proporcionalidad atiende al concreto orden de prioridad de dicha normativa y a la organización anual del procedimiento de concesión de autorizaciones. En el caso objeto de autos, por el contrario, la restricción objeto de discrepancia no está prevista en la norma estatal y no se dan las circunstancias consideradas en el juicio de proporcionalidad para



rebatir la argumentación de privación de acceso a la actividad profesional independiente frente a las ventajas desproporcionadas de los farmacéuticos ya establecidos. Por ello, la interpretación que realiza la mayoría de la Sala de este Tribunal podría plantear, cuanto menos, dudas sobre el hecho de que una exigencia que parta de *«la necesidad de delimitación de un lugar concreto de ubicación»*, exclusivamente referida a los supuestos en que se compute la población flotante y no exigida en el resto de los casos, tal y como considera la sentencia en el fund. 4º, supone una restricción adecuada al objetivo de garantizar la adecuada atención farmacéutica a toda la población y, principalmente, si no va más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo.

Máxime considerando que en ambos procedimientos las respectivas partes actoras anudan su legitimación en el interés legítimo en su profesión farmacéutica con oficina de farmacia abierta al público, por lo que su interés directo en el pleito podría estar más relacionado con impedir la competencia que con el hecho de defender el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad.

Por todo lo anterior y reiterando el máximo respeto al parecer mayoritario, considero que hubiera procedido mantener el criterio de la Sala mantenido en sus previos pronunciamientos.

Santander, a siete de julio de dos mil diecisiete.

Fdo.

Doña Clara Penín Alegre