

# ACCION ADMINISTRATIVA SANITARIA: LA AUTORIZACION PARA LA APERTURA DE FARMACIAS

Por SEBASTIÁN M.-RETORTILLO BAQUER

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. 1. *Significación general del régimen de limitación.* 2. *El ejercicio de la profesión farmacéutica.* a) *Ejercicio de una profesión intelectual.* b) *Ejercicio del comercio.*—II. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA. 1. *Desarrollo histórico.* 2. *Reglamentación positiva para la apertura y establecimiento de nuevas oficinas de Farmacia: el Decreto de 31 de mayo de 1957.* a) *Limitación en razón de las distancias.* b) *Limitación por el número de habitantes.*—III. PROBLEMAS SUSTANTIVOS SOBRE LA AUTORIZACIÓN DE APERTURA. 1. *Referencia a la doctrina general de la autorización. La autorización como acto administrativo de escasa intensidad. Causas:* a) *Particularización diferenciadora dentro del genus de actos de autorización.* b) *La autorización se relaciona con una conducta potestativa del administrado.* c) *Autorización y función de policía.* 2. *Aplicación para el supuesto de la apertura de una oficina de Farmacia.*—IV. EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN FARMACÉUTICA IMPLICA SUSTANCIALMENTE EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PRIVADA.

## I.—INTRODUCCIÓN.

### 1.—*Significación general del régimen de limitación.*

El Tribunal Supremo, con un criterio que podemos calificar de uniforme, ha venido actuando recientemente desde una posición definida y, por ende, lograda, refiriéndose a los supuestos planteados por las autorizaciones administrativas necesarias para la apertura de una oficina de Farmacia. En otras ocasiones (1) hemos insistido ya sobre la significación global que la jurisprudencia presenta para la construcción y desarrollo del sistema administrativo. Precisamente porque concluíamos resaltando tal significación, podíamos adoptar a continuación una posición crítica en relación con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Pues bien,

(1) Vid., S. M.-RETORTILLO, *La desviación de poder en el derecho positivo español y El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, en esta REVISTA núms. 22 y 23, págs. 131 y ss., y 84 y ss.

en el tema concreto que ahora nos ocupa, las consecuencias son algo distintas. Estamos ante uno de los excepcionales casos en que el Tribunal Supremo ha adoptado una actitud propia frente, y en algún sentido en contra, de una regulación positiva en nombre de principios estrictamente jurídicos sustantivados. En la doctrina jurisprudencial, en efecto, se encuentra en nuestro derecho la mejor y más autorizada calificación de la situación de anormalidad, jurídicamente hablando, que viene implicando la reglamentación limitativa para el ejercicio de la farmacia. Más aún: el reciente Decreto de 31 de mayo de 1957, en no pocos de sus puntos, no ha venido sino a consagrar, incluso literalmente, con rango normativo posiciones que ya nuestra jurisprudencia había propuesto y sostenido.

El criterio mantenido por el Tribunal Supremo aparece todavía más expresivo en relación con el juicio que de la reglamentación existente supone, si consideramos que en buena parte de las decisiones jurisprudenciales a las que nos referimos, no se hace sino ratificar la conducta de la propia Administración. Que ya esta última, en su actuación, había intentado ampliar en buen número de casos los estrechos límites establecidos por el Decreto de 24 de enero de 1941, cuyo régimen, en esencia, es todavía el actualmente vigente.

El texto legal hacía explícitas las razones que pudieron aconsejar la promulgación de dicho primer Decreto. Se trataba de una triple finalidad, como claramente nos permite deducir su Exposición de motivos. En primer lugar, evitar el encarecimiento de las mercancías. En segundo lugar, represtigiar el ejercicio libre de la profesión farmacéutica, que la opinión general reducía al simple ejercicio de una industria, logrando así, por otra parte, la mayor elevación moral de la misma. Finalmente, se buscaba también el garantizar a los titulares farmacéuticos una posición económica estable (2). No es finalidad nuestra, desde luego, el seña-

---

(2) «La libre concurrencia —dice textualmente la Exposición de motivos del Decreto de 1941—, base de la industria y del comercio del pasado siglo, atraviesa una crisis aguda; libertad que si en algún tiempo produjo algún beneficio, hoy produce un notable encarecimiento de las mercancías, y a la par no satisface las necesidades más elementales del profesional, planteando un grave problema social, y otro de sentido moral, que el Gobierno debe vigilar estimulando una mayor elevación en ese sentido moral de las profesiones farmacéuticas, de lo que se deducirá un gran beneficio para la salud pública.» En términos análogos habría de manifestarse también, tres años más tarde, la Exposición de motivos del Decreto de 7 de julio de 1944, sobre la Ordenación de la Facultad de Farmacia, rectificado por Orden del Ministerio de Educación Nacional de 10 de agosto de 1944, en la que, tras confrontar la situación entonces presente con

lar si esos tres objetivos se han logrado. Si es cierto que la valoración y contraste de los mismos queda en buena parte al margen de nuestra tarea, ello no impide, sin embargo, que resaltemos la evidente situación paradójica a que tal reglamentación ha conducido; juicio este último que, por otra parte, formulamos partiendo desapasionada y realmente —y referido, por tanto, a la generalidad de los casos— de los *mismos* motivos y criterios materiales invocados para establecer el régimen jurídico de 1941. Tanto el problema del abaratamiento de los productos farmacéuticos, como la necesidad de estimular ese sentido moral de todos los profesionales y asegurarles lo suficiente para satisfacer sus justas necesidades, podemos afirmar que no sólo no han tenido realización, sino que su fracaso ha sido ocasionado primariamente por la propia reglamentación limitativa, que directamente pretendía lo contrario. La consideración objetiva de los precios de producción económica, así como también el haber tipificado la existencia de un verdadero mercado en el que la especulación, en su más peculiar sentido, no es ajena, avalan igualmente la paradoja señalada. Y el significado y matiz de esta última se acentúa todavía más si analizamos, frente a los enunciados y deseos de la Exposición de motivos del Decreto de 1941, la situación personal de la mayor parte de los últimos postgraduados en las Facultades de Farmacia, que nada más finalizar su estudios universitarios, buscan y esperan al mejor postor, ligados siempre a los más puros y elementales principios mercantiles de la oferta y de la demanda, para poder ejercitar y actuar su profesión universitaria. Esta paradoja, relacionando los resultados obtenidos con la normatividad que los generara y el fin que esta última perseguía, nos sitúa sin duda alguna frente a una de esas incongruencias normativas típicas (3), originadas por

---

las glorias tradicionales de nuestra historia farmacéutica, se recogía cómo «entre los males consuetudinarios que mermaron en poco tiempo el prestigio de nuestra farmacia nacional, ha figurado un sentido peyorativo de la profesión, que condenaba su trabajo a los estrechos horizontes de una mera práctica industrial».

(3) Sobre ese punto, vid., GIANNINI, M. S., *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, «Rivista Trimestrale di Diritto publico», 1954, págs. 287 y 307. Tales incongruencias, inevitables en todo sistema positivo, aparecen también prodigadas en el nuestro. Ejemplo característico de ellas, entre otras, son los arbitrios con fines no fiscales, regulados en nuestra Ley de Régimen local: la finalidad que con los mismos se persigue es primariamente la de corregir situaciones o conductas, y coadyuvar al cumplimiento de determinadas ordenanzas, y no hay duda que frecuentemente los resultados son precisamente los opuestos: la realidad demuestra no sólo que la Administración municipal procura una multiplicación de aquellas situaciones «ilegales» que precisamente trata de corregir, en función de unos mayores

la falta de proporcionalidad y adecuación entre el contenido de las disposiciones concretas y la finalidad que por ellas se determina alcanzar.

El estudio y valoración específica de tales incongruencias, no hay duda que, ya lo hemos apuntado, corresponde principalmente a la sociología jurídica o a la política administrativa. Sin embargo, en relación con las mismas debe también el jurista tomar posición; posición que, por otra parte, en modo alguno significa trasvasar sus funciones específicas. Asimismo, por tanto, una posición metodológica que es *también* crítica y que nos permite considerar al Derecho como algo más que la simple estructura cualificadora de una realidad. Tal ha sido tradicionalmente el contenido de la ciencia jurídico-administrativa, hasta que recibiera el impacto del positivismo, y especialmente en su última formulación, la construcción kelseniana, construcción que si en el orden técnico ha supuesto el intento quizás más acabado de homogeneización y desarrollo del Derecho, por otra parte, con su *neutralismo* a ultranza, ha implicado desvirtuar notoriamente el significado y el propio contenido del mismo. La distinción, hasta la saciedad, de los juicios de *valor*, de aquellos otros de *validez* en torno a los que KELSEN construye su desarrollo jurídico (4), consecuencia innegable, como ya hemos dicho, del positivismo, cuyo ejecutor testamentario será el propio KELSEN (5), podemos afirmar que aparece en vías de una total superación. Cabe, más aún, es propio de la ciencia jurídica, el señalar las exigencias que la realidad política y social exigen, así como también la forma y el modo en que las disposiciones legales logren exactamente sus fines (6). Dado que no nos movemos en una ciencia de simple constatación, sino de valoración (7), la misión del jurista no puede ser la de ser mero contemplador de lo legislado; entre sus responsabilidades científicas está primariamente la de denuncia y protesta ante la po-

---

ingresos, sino que también, establecido el arbitrio, el administrado prefiere con frecuencia consolidar mediante el pago tal situación, objeto del tributo, que no corregirla, logrando así una eficacia del todo opuesta a la específica que se perseguía. Para la obtención de esta última hay, evidentemente, una falta de congruencia en razón de los medios normativos empleados.

(4) Sobre el pensamiento kelseniano en este punto concreto, BOBBIO, *La teoría pura del diritto ed i suoi critici*, en «Studi sulla teoria generale del diritto», Torino, 1955, pág. 79.

(5) NIEMEYER, prólogo a HELLER, *Teoría del Estado*, México, 1955, pág. 8.

(6) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, parte general, Madrid, 1949, págs. 441 y ss.

(7) RUIZ DEL CASTILLO, estudio preliminar a la trad. española de HAURIUO, *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, XXIII.

sible falta de acomodación técnica entre situaciones a estructurar y medios empleados. Quizá sea la renuncia a tal función lo que ha hecho que los hombres de derecho hayan ido perdiendo gradualmente la autoridad que en sociedades anteriores tuvieron (8). Estas razones, pues, obligan consecuentemente en el caso concreto del sistema administrativo, a que la Administración pública sea estudiada no sólo en su existencia actual, en su ser, sino que sea también necesario el considerarla en su aspecto crítico, en su deber ser (9), sometiendo los fenómenos administrativos a una valoración ponderativa y crítica.

Al estudiar en nuestro caso la situación que del Decreto de 1941 se ha derivado, convendrá tener presente, aparté de otras consideraciones generales de acuerdo con el criterio expuesto, el grave peligro que toda situación de limitación y monopolio —de hecho o de derecho— encierra, cuando en ella desaparece, o no existe con la intensidad requerida, el interés público que la justifica. Usando particularmente argumentación recientemente recogida (10), hay que señalar cómo tal situación entraña innegablemente un condicionamiento indiscutible del Estado de Derecho, condicionamiento que se sintetiza en que ese cercenamiento causado a la iniciativa privada por una determinación de la Administración pública en tal sentido, se actúe y lleve a cabo sin el contrapeso del interés público que debe siempre inspirarlas, y en beneficio real y exclusivo de un grupo, de una determinada clase, al margen de los fines colectivos —en este caso son asumidos a la categoría de públicos—, que han de inspirar todas las determinaciones de la Administración pública. Se establece entonces una situación particular, un tanto patológica. Su mantenimiento avala y ratifica, e incluso acentúa, el privilegio evidente que ya representa por sí mismo un sistema de autorizaciones ordenadas a impedir y restringir la competencia. Y de esta forma viene a resultar que es la propia Administración pública la que mejor y más directamente protege los intereses de los grupos de presión.

Es palpable que la reglamentación establecida en relación con la apertura de farmacias ha generado entre nosotros un estado de cosas muy simi-

(8) GIANNINI, *Le incongruenze*, cit., pág. 308.

(9) ROYO-VILLANOVA, *Estudio y enseñanza de la Administración pública*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», número homenaje al profesor Gascón y Marín, 1942, pág. 148.

(10) MIELE, *Esperienze e prospettive giuridiche della pianificazione*, en *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, Roma, 1955, pág. 133.

lar al que últimamente acabamos de referir. Aquélla, no hay duda, estaba estructurada más en beneficio de un determinado grupo —farmacéuticos establecidos—, que de los intereses públicos. Y en tal sentido de contraposición no ha dejado de manifestarse la propia jurisprudencia. Sobre ello, las manifestaciones son tajantes. Y resaltan más, partiendo incluso del principio, sin duda alguna de doctrina común, de que la Administración, en su obrar, encuentra señalados por una norma superior, o ella misma los establece, los métodos y medios en que debe determinarse para el logro de los fines que debe alcanzar y la satisfacción de las necesidades públicas a las que debe proveer. Respecto a un fin público, para que de simple tendencia se haga realidad, la Administración actúa siguiendo toda la variada gama normativa que puede ir desde los preceptos constitucionales a los propios actos individuales realizados por ella misma. Mediante estas normas específicas, en aquello que no quede a su discrecionalidad, es como se determina, en concreto, el logro del interés público perseguido. Surge así, desde este punto de vista, el tan discutido fenómeno de las determinaciones o, más propiamente, de las autodeterminaciones de la autoridad administrativa realizadas por las normas secundarias (11). La propia Exposición de motivos de la Ley de la jurisdicción contenciosa (12) ha sancionado expresamente esta técnica, estableciendo cómo las normas subordinadas proclaman y definen cuál es el contenido del interés público en cada una de sus específicas manifestaciones. Pues bien, trasladando este planteamiento genérico al caso concreto de los intereses públicos sanitarios en relación con el ejercicio de la Farmacia, debemos presuponer como válidos que el método y la forma para la realización de los mismos aparecían expresamente recogidos en el Decreto de 1941, y actualmente en el de 31 de mayo de 1957. Ahora bien, fué tal la situación que aquella norma creó, que ha sido la propia jurisprudencia la que valientemente, y basada sin duda alguna en una apreciación más real de aquélla, la que reiteradamente ha contrapuesto tal regulación —forma en que debe satisfacerse el interés público concreto—, «que ampara a un grupo de profesionales», con «los beneficios que en general el público pudiera obtener de una mayor y

(11) Vid., sobre este punto, BALLBÉ, en sus *Comentarios a la jurisprudencia administrativa*, y «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1942, pág. 434.

(12) En concreto, la Exposición de motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956, II, 1), señala cómo «en la complejidad y extensión [del Estado moderno] las normas subordinadas entre sí jerárquicamente, proclaman y definen cuál es el contenido del interés público en todas y cada una de sus manifestaciones».

libre concurrencia», llegando incluso a afirmar que aquella forma establecida por el Decreto de 1941 es opuesta a los intereses del «vecindario en general, [intereses] que parece lógico y justo se compensen siempre que las circunstancias brinden oportunidad para ello» (13).

Las afirmaciones no pueden ser más explícitas. Una forma de satisfacer el interés público que de manera tan clara se opone al interés de los más, y se concreta, según declara la jurisprudencia, en beneficio de unos pocos, exigía lógicamente una nueva reglamentación que regulase la apertura y traslado de las oficinas de Farmacia. Tal estado de cosas parece ser, sin duda alguna, el que ha motivado el Decreto de 31 de mayo de 1957, que si bien mantiene en su sustantividad, casi en líneas generales, la reglamentación anterior, trata de buscar, dentro de la misma articulación técnica, soluciones más amplias, y cuya línea general parece responder al criterio que ya hemos señalado. En concreto, al de aumentar la posibilidad numérica para el ejercicio de tal profesión.

## 2.—*El ejercicio de la profesión farmacéutica.*

El ejercicio de la profesión en una oficina de Farmacia plantea una serie de problemas jurídicos que se manifiestan tanto en el orden administrativo como en el fiscal, en el mercantil y en el civil. Así, en este último campo, baste recordar, por una parte, el régimen particular para la satisfacción de los créditos derivados de tal profesión en concepto de honorarios (14); por otra, las cuestiones hereditarias que originaran los artículos 24 y 25 de las Ordenanzas de 18 de abril de 1860, artículos hoy no vigentes, al facultar la continuidad de la gestión del establecimiento, muerto su titular, tanto por los hijos (15) menores hasta la mayoría de edad, como por la viuda hasta que contrajera nuevo matrimonio, siempre que

(13) Sentencias de 1 de julio de 1955, 16 de abril, 2 y 5 de julio de 1956. Por otra parte, son continuas las referencias a la aplicación restrictiva de los principios limitativos recogidos en el Decreto de 1941; esta doctrina interpretativa, por su parte, era ya común en nuestra jurisprudencia: vid., entre otras, las sentencias de 7 de abril y de 17 de octubre de 1917.

(14) Sobre la forma de exigir tales créditos, históricamente, vid., un supuesto concreto en *Archivo de Simancas, Catálogo*, V, *Patronato Real*, tomo I, Valladolid, 1946, pág. 70. También, vigente, el párrafo 2.º del artículo 1.967 del Código civil.

(15) La R. O. de 3 de septiembre de 1860 determinó que habría que comprender también en tal expresión a las hijas.

en ambos casos el establecimiento continuase bajo la dirección técnica de un regente profesional (16).

La especificidad de tal profesión ofrece también repercusiones en el campo constitucional y político: recuérdese, por ejemplo, el debate que surgiera en Italia en la época corporativa, en razón de su encuadramiento sindical (17). Debate que sobre la alternativa de incluir a los farmacéuticos ya en la categoría de comerciantes, ya en la de profesionales libres, evidenciaba ciertamente la figura compleja que aquéllos representaban, y si la solución final fué agruparlos entre estos últimos, razones idénticas pudieron encontrarse para que hubiera sido la contraria. Porque es precisamente en torno a este último problema acerca del que fundamentalmente gira la cuestión. En la gestión de la profesión farmacéutica aparecen indiscutiblemente unidas dos facetas que en sí mismas son distintas: ejercicio de una profesión universitaria, y ejercicio del comercio. Ambas a su vez están modeladas, típicamente, en forma un tanto distinta a como la generalidad de aquellas profesiones se estructura jurídicamente. Y ello porque lo exige la intervención del Estado al reglamentar una gestión que tan específicamente entra dentro de la órbita de la Sanidad pública. Esta realidad, que requiere e impone una fiscalización operativa por parte de la Administración, es la que explica las modificaciones jurídicas que se imponen a lo que pudiéramos llamar manifestación genérica y común de las dos facetas que en la profesión farmacéutica se funden.

#### a) *Ejercicio de una profesión intelectual.*

La gestión de la Farmacia supone innegablemente ejercicio de una de las comúnmente llamadas profesiones intelectuales (18), para la que se requiere título universitario. Para ella se resulta habilitado con el correspondiente título facultativo, una vez inscrito en el Colegio profesional y cumplimentadas las debidas condiciones tributarias. Esto es evidente; así

(16) Esta posibilidad, que venía establecida por los artículos 23 y 24 de las Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1860, ha quedado suprimida por el artículo 3 del Decreto de 11 de mayo de 1942. Vid., referidas a este problema particular, las Reales Ordenes de 3 de septiembre de 1860, 27 de noviembre de 1893, 16 de diciembre de 1906 y las Ordenes de 20 de julio de 1927, 29 de mayo de 1944 y 26 de julio de 1948.

(17) ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1950, pág. 94.

(18) JORDANA DE POZAS, *Las Corporaciones profesionales en el Derecho administrativo anterior a la Dictadura*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», cit., pág. 19, nota 1.

podemos deducirlo además de la reglamentación específica que de esta profesión existe, y sobre la que en concreto volveremos más adelante. Indirectamente también, de la propia ley de creación de las Cortes de 17 de julio de 1942, art. 2, h), al referirse, entre las representaciones profesionales, a la del Colegio de Farmacéuticos, encuadrándola tras haber recogido la de los Colegios de Abogados y Médicos, y antes de señalar la de los Colegios de Veterinarios, Arquitectos, Licenciados y Doctores.

La intervención de la Administración, a que antes aludíamos, actuando sobre este aspecto de la cuestión, se concreta, entre otras cosas, en limitar la posibilidad de su ejercicio en cuanto a su efectiva actualización, circunscribiéndolo a la existencia de un puesto libre, según un baremo establecido en razón de distancias y habitantes, así como también a la necesidad de obtener una autorización que lo permita, exigida con carácter previo para dicha actuación.

#### b) *Ejercicio del comercio.*

Además, el ejercicio de la Farmacia, insistimos, con establecimiento abierto al público, supone asimismo la indiscutible gestión de una empresa comercial. Es decir, el carácter mercantil de la profesión farmacéutica nos parece indudable; carácter que, por otra parte, no hay por qué contraponer, buscando una solución exclusivista, al anterior, sino que con el mismo coexiste y con él se funde.

A establecer que los farmacéuticos con Farmacia abierta son verdaderos comerciantes, nos lleva, en primer lugar, la materialidad objetiva de buen número de los actos que realizan —la casi totalidad hoy día—, excluyendo de ellos los de mera preparación técnica. Compra para la venta, y venta realizada con periodicidad y con carácter habitual. Este mismo criterio objetivo, materializando el carácter mercantil de los negocios que llevan a cabo, podemos deducirlo también de la causa de tales negocios, entendida (19) como «la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad».

En segundo lugar: superando el criterio objetivo como criterio determinante del carácter mercantil, la solución aparece también clara. El art. 1.º del Código de Comercio nos centra la cuestión en torno a dos puntos funda-

(19) Vid., sentencia de 31 de octubre de 1946, de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

mentales: *capacidad* para ejercer el comercio y *dedicación al mismo con carácter habitual*. Cuando en ocasiones se ha negado (20) el carácter de comerciante al farmacéutico, la argumentación se ha basado precisamente en el primer punto: el farmacéutico puede no tener los veintiún años exigidos por el art. 4. Este criterio, sin embargo, hoy no es operante, dada la específica reglamentación de los estudios universitarios de tal carrera. Por otra parte, la vieja posibilidad de continuar el ejercicio de la Farmacia por un hijo del titular muerto, menor de edad, puede tener cabida en la excepción del art. 5 del mismo Código de comercio. En relación con el otro punto, la habitualidad, juega el art. 3 al establecer la presunción legal del ejercicio habitual del comercio para quien anunciare —periódicos, carteles, rótulos, etc.— *un establecimiento que tenga por objeto una operación mercantil*. Se asume, por tanto, en última instancia, señala POLO (21), como criterio cualificador de una situación determinante, un criterio formal, el de la apariencia o manifestación externa de ese ejercicio, y aun incluso el del simple propósito y preparación para dicha actividad. El problema, pues, dando por supuesta y real la existencia de tales formas de publicidad en el caso del farmacéutico, queda trasladado, primero, a que se anuncie un establecimiento, y después, a que en el mismo se realicen operaciones mercantiles. La primera circunstancia, que se anuncie un establecimiento, es innegable en el caso de las Farmacias, supuesto que, por otra parte, no se da en otras profesiones de las llamadas intelectuales. Pero ¿se da la segunda condición? ¿Son operaciones mercantiles las que se ejercitan normalmente en una Farmacia?

A nuestro parecer, a este punto concreto queda de nuevo trasladado el problema. Pues bien, y como ya hemos adelantado, prescindiendo de las operaciones estrictamente técnicas que el farmacéutico realiza (22), no cabe

(20) Como fruto de las clases prácticas de la Cátedra de Derecho mercantil de la Facultad de Derecho de Madrid durante el curso 1923-24, se publica bajo la dirección de MIÑANA, *Trabajos prácticos de Derecho mercantil*, Madrid, 1926. De entre las cuestiones planteadas, la décima (págs. 25-35) era la de si el farmacéutico es comerciante: la tesis positiva viene sustentada por PASTOR SALA, y la negativa por BLASCO LLORENTE. Es la única referencia concreta que en el derecho español conocemos sobre este problema.

(21) POLO, *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, prólogo a *Leyes mercantiles y económicas*, Madrid, 1956, XLIV.

(22) Estas quedarían al margen del aspecto comercial: en este sentido, aún no referida a esta materia, sería aplicable al caso la sentencia de 12 de abril de 1908, de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. Por el contrario, la de 21 de abril de 1911, de la misma

duda que la mayor parte de su gestión se especifica en operaciones que entran dentro del art. 325 del Código de comercio: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, *con ánimo de lucro* en la venta.» Animo de lucro que es innegable existe en la gestión farmacéutica. La fijación de unos márgenes de beneficio según la propia técnica comercial exterioriza sin duda alguna tal ánimo de lucro que, por otra parte, el propio Decreto de 24 de enero de 1941 expresamente recogía, al determinar entre las finalidades que su reglamentación buscaba la de asegurar y amparar un beneficio estable y legítimo a los titulares de las oficinas de Farmacia. Nada obsta para la apreciación de un verdadero ánimo de lucro en la gestión farmacéutica, ni que los beneficios que los titulares obtengan figuren como honorarios profesionales, ni menos aún el que los mismos puedan ser fijados, y de hecho lo sean, por la propia Administración. Esto mismo ocurre en un régimen comercial intervencionista, y porque los beneficios aparezcan previamente fijados, nadie negará, por ejemplo, a un panadero, su condición de comerciante. No se argumente tampoco (23) negando la existencia de un ánimo de lucro en los farmacéuticos, con consideraciones ampulosas, afirmando que aquél es extraño al ejercicio de tal profesión, que en él no piensan quienes se establecen, ni menos aún quienes comienzan una carrera universitaria. Un criterio pragmático, realista, nos obliga a rechazar estas consideraciones, que, por otra parte, pese a su apariencia, entrañan una valoración peyorativa e infundada, de minusvaloración, de la gestión comercial.

Tercero: demos un paso más adelante. Si nos situamos en la reciente perspectiva cualificadora de la mercantilidad, cual es el criterio de la empresa (24), no hay duda que, asumida ésta en sus características propias, puede predicarse de la gestión farmacéutica, en la que se dan los aspectos

---

Sala, expresamente excluye de configurar como actos mercantiles los actos profesionales del farmacéutico, limitados a la confección y suministro de medicamentos dispuestos por los médicos, si bien señala que la compra de primeras materias para transformarlas en productos químicos o específicos medicinales, y la venta de estos mismos a los farmacéuticos, está comprendida en el artículo 325 del Código de comercio, criterio este último que puede pugnar en parte con el sustentado en la sentencia antes citada de 12 de abril de 1908.

(23) Vid., la tesis sustentada por BLASCO LLORENTE en op. cit., nota 20.

(24) Sobre este punto concreto, vid., por todos, referencias en GARRIGUÉS, *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1955, págs. 24 y ss., y POLO, *El concepto*, cit., especialmente XVIII y ss.

subjetivo y objetivo, funcional y corporativo, que ASQUINI (25) reclamaba para aquélla.

Cuarto: sin que por ella misma únicamente sea determinante, también *puede ayudar* al mantenimiento del criterio que sostenemos la configuración fiscal de nuestro derecho positivo. La profesión farmacéutica con establecimiento abierto al público no puede incluirse dentro de la Contribución de Utilidades en el art. 5, tít. II de la Tarifa I (26) del R. D. de 15 de diciembre de 1927, sino en el núm. 8 de la disposición 1.ª de la Tarifa III, texto refundido de 22 de septiembre de 1922 (27).

(25) ASQUINI, *Profili dell'impresa*, «Rivista di Diritto Commerciale», 1943, I, 10 y ss.

(26) Elaborado este trabajo, ha aparecido el proyecto de la Ley de Presupuestos para el próximo bienio, que viene a modificar estructuralmente el régimen de la Contribución de Utilidades; tal reforma, sin embargo, para nada afecta ni se refiere al problema sustantivo de contenido que aquí analizamos.

(27) La importancia de esta configuración es grande no sólo en razón de la diversidad de tipos impositivos, sino muy especialmente en razón de las obligaciones contables que se imponen. Este planteamiento ha sido sostenido por el Ministerio de Hacienda en Orden de 18 de mayo de 1948 («B. O.» del 25 de mayo), cuyo texto, al plantear genéricamente estos problemas, transcribimos: «Se han dirigido a este Ministerio varios escritos que suscriben farmacéuticos establecidos con oficina de Farmacia, y algunos de ellos, además, con Laboratorio anejo, en los que solicitan se les declare sujetos a tributar por Tarifa 1.ª de la Contribución de Utilidades de la riqueza mobiliaria, al igual que los restantes profesionales que cita el apartado a) del art. 5.º del Título II de dicha Tarifa, y que a este efecto se les fije el oportuno coeficiente de gastos. Motiva la petición el hecho de que algunas Administraciones de Rentas Públicas, considerando a los farmacéuticos con establecimiento abierto comprendidos en el núm. 8.º de la Tarifa 3.ª de dicha Contribución, lo han incluido en el Índice de Empresas Individuales, a tenor de los preceptos de la Ley de 29 de abril de 1941. Así planteada la cuestión, su resolución se circunscribe a fijar en qué número del artículo 1.º de la Ley de Utilidades se encuentran comprendidas las que obtengan los farmacéuticos, ya que, según en el que se hallen, deberán gravarse por una u otra Tarifa. El primero comprende las utilidades que sin el concurso del capital se obtengan en recompensa de servicios o de trabajos personales, en tanto que el tercero abarca las que el trabajo del hombre, juntamente con el capital, produzcan en el ejercicio de industrias no gravadas en otra forma y determinadas expresamente por aquella Ley. Es evidente que para el ejercicio de la profesión de farmacéutico con establecimiento abierto es imprescindible la aportación de un capital, sin cuya existencia no sería posible aquél, en su doble modalidad de venta de específicos y confección de fórmulas magistrales, siendo, en consecuencia, las utilidades que se obtengan producto del capital juntamente con el trabajo. Por otra parte, el art. 5.º del Título II del Decreto-ley de 15 de diciembre de 1927, que modificó la Tarifa 1.ª de Utilidades, dispone que contribuirán con arreglo a las disposiciones de aquel título los sueldos, sobresueldos, honorarios, retribuciones, gratificaciones, premios, pensiones, indemnizaciones y emolumentos de todas clases que perciban los profesionales que cita en su apartado a), entre los que no se encuentran los farmacéuticos, sin que pueda tampoco alcanzarles el concepto de profesionales similares con que ter-

Conviene señalar, finalmente, en relación con este segundo aspecto de la profesión farmacéutica, el mercantil, cómo también aparece matizada con notas particulares si la comparamos con la posible configuración genérica de tal profesión. La empresa comercial que la gestión farmacéutica representa, ve condicionadas, como ninguna otra actividad mercantil, por la acción de la Administración pública, los dos puntos extremos de su gestión: compra para la venta y venta. Piénsese cómo la compra debe hacerse a agentes específicamente autorizados, en toda la reglamentación administrativa que del almacenaje y producción de específicos existe, así como en el control de esta última, sin olvidar, por otra parte, el minucioso detalle con que la venta de los mismos ha sido siempre regulada.

## II.—INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN FARMACÉUTICA: LA AUTORIZACIÓN DE APERTURA.

### 1.—*Desarrollo histórico.*

Hemos perfilado ya en líneas generales la problemática que el ejercicio de la Farmacia ofrece en su sustantividad. Sin embargo, este trabajo, de entre la multiplicidad de cuestiones jurídicas que tal gestión suscita, va a reducirse al punto muy concreto de la forma de intervención administrativa que se especifica en la exigencia de una autorización previa para tal ejercicio.

Ha sido siempre manifiesto el cuidado constante, por parte del Estado, para la protección de la salud pública. Creemos que no es preciso insistir en la justificación genérica y en la necesidad de tal tarea (28), que, como en una de sus facetas, se ha concretado también en relación con el ejercicio de la profesión farmacéutica. Así, se han ido promulgando sucesivamente una serie de medidas, históricamente establecidas, referidas tanto a la ven-

mina aquél, toda vez que el apartado g) del propio artículo, que comprende a cuantos perciben emolumentos de cualquier clase y no estén incluidos en otros de la Ley, específica que han de serlo en recompensa de trabajos o servicios personales, caso que no es el de los farmacéuticos con oficina abierta. En virtud de cuanto queda expuesto, este Ministerio se ha servido declarar que los farmacéuticos con establecimiento abierto para la venta de específicos y confección de fórmulas magistrales están comprendidos en el número VIII de la disposición 1.<sup>a</sup> de la Tarifa 3.<sup>a</sup> de la Ley de Utilidades, en cuanto se hallen en cualquiera de los casos del art. 1.<sup>o</sup> de la Ley de 29 de marzo de 1941, modificado por Decreto de 22 de enero de 1944.

(28) Por todos, LESSONA, *Trattato di diritto sanitario*, I, Torino, 1914, y *La Tutela della Salute Pubblica*, en *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, dirigido por CALAMANDREI y LEVI, I, Firenze, 1950, 333 y ss.

ta de especies y medicamentos como al ejercicio propio de aquella gestión profesional. «Alcaldes y Examinadores mayores miren y caten las tiendas e boticas de Boticarios y Especieros», ordenaban ya los Reyes Católicos a fines del siglo xv (29) reglamentando una verdadera función de policía sanitaria. Más tarde, Felipe II regula minuciosamente, mediante pragmática (30), el ejercicio de tal profesión: pues «los dichos Boticarios no sean drogueros», y «por la misma Orden que los Médicos y Cirujanos» sean sometidos a pruebas tras acreditar «que han practicado cuatro años cumplidos con Boticarios examinados». Toda la reglamentación que hasta Felipe II existe se refiere, no hay duda, más a un control de la profesión, desde una perspectiva personal, fomentando especialmente su preparación, que al ejercicio concreto de la misma. Esta la iniciará orgánicamente Felipe II, pues por la pragmática anterior va a reglamentar, no ya de forma esporádica, sino minuciosa y periódica, la visita que a tales establecimientos deben realizar profesionales caracterizados —el protomédico, el examinador—, con verdadero carácter de autoridad, para vigilar precisamente el estado y conservación de objetos, productos y medicamentos. Se inicia así, como primer paso de una evolución que continuará, una verdadera actividad administrativa cuya regulación cristalizará definitivamente, culminando, en el espléndido cuerpo normativo que representan las Ordenanzas de Farmacia de Carlos IV, promulgadas en Aranjuez el 8 de enero de 1804. Existe, en el modo en que en ellas se reglamenta, la acción administrativa para la inspección y visita de las farmacias, el carácter de verdadera gestión policial sanitaria en su más genuino sentido. Negarlo es casi negar lo evidente donde aparece la función preventiva y reparadora de tal actividad, el carácter coercitivo de las medidas que se disponen, la posibilidad de recursos y la propia responsabilidad gubernativa, distinta y claramente diferenciada de la responsabilidad penal (31).

(29) Las Ordenanzas de los Reyes Católicos para Médicos y Boticarios, en *Archivo de Simancas*, I, *Diversos de Castilla*, Madrid, 1904, pág. 40, núm. 229, están formuladas por tres documentos de 1477, 1491 y 1498, que sustancialmente pasaron a la Novísima Recopilación, VIII, XIII, II.

(30) Vid., recogida esta Pragmática en *Nov. Rec.*, loc. cit., nota anterior.

(31) No podemos dejar de recoger, al menos en su enunciado, la valoración administrativa que estas Ordenanzas representan. Vid., texto de las mismas, *Nov. Rec.*, VIII, XIII, VIII. Tales Ordenanzas, además de establecer una acabada reglamentación orgánica sobre la materia que estudiamos, presentan soluciones y planteamientos ciertamente depurados para la época en que se establecen. Así, por ejemplo, la distinción a la que acabamos de aludir en el texto entre responsabilidad penal y administrativa que por

Vemos, pues, que se articula y establece una fiscalización administrativa innegable. Sin embargo, en los orígenes de esta intervención se realiza *a posteriori*, queremos decir, durante el ejercicio profesional. Más tarde, aumentando en intensidad tal fiscalización, aparece también un control preventivo que se concretará en la necesidad de autorización previa que permita el ejercicio de tal profesión en un establecimiento abierto al público. Este nuevo criterio queda apuntado ya en el art. 81 de la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 y se desarrolla plenamente en las Ordenanzas de 18 de abril de 1860. Tales Ordenanzas sustituyen a las de Carlos IV hasta entonces en vigor, siguiéndolas, sin embargo, en sus líneas generales. Ellas van a establecer taxativamente el requisito de la autorización previa, implantando además un régimen de policía administrativa que en parte todavía continúa vigente.

Así planteadas las cosas, y concretándonos a tales autorizaciones, interesa advertir las variaciones que el contenido de las mismas irá sufriendo sucesivamente. Más aún: conviene fijarnos en la estructura de tales actos administrativos, porque a través de la evolución de los mismos podremos determinar, sin duda alguna, todo un verdadero proceso de desarrollo de la intervención y control que la Administración pública realiza y puede realizar por medio de tales actos autorizatorios. En esta primera configuración se trata, según las Ordenanzas de 1860, de una autorización que objetivamente no entraña sino la exclusiva constatación de unos hechos o cosas —condiciones exigidas normativamente—, al margen de cualquier ulterior valoración específica que en el caso concreto pueda hacer el órgano autorizante. Solicitada la apertura, se acompañará con dicha petición el

---

faltas de los boticarios particulares pueda derivarse, pues «cuando la Junta tuviere noticias que la venta de dichos medicamentos [se hace] en contravención de lo que queda establecido..., darán cuenta de oficio a las Justicias competentes, para que, sin perjuicio de la exacción de la multa prevenida en el artículo anterior, formen causa al transgresor... y les juzguen y sentencien conforme a Derecho», sin que por su parte aquel órgano administrativo esté jamás obligado a ser parte en el juicio una vez formulada la denuncia, «ni a sostener acción alguna ni sufrir contestaciones», aunque sí deberá dar al Tribunal la información que solicite, «en cuanto conduzca a ilustrarle». Vid., igualmente en estas Ordenanzas, la obligación de exponer los motivos, tanto en peticiones como en resoluciones, entendidos aquéllos precisamente en su aspecto formal, de facilitar el más exacto conocimiento de la voluntad manifestada; igualmente, la exigencia de sometimiento a la legalidad del órgano administrativo correspondiente —Junta Superior Gubernativa de Farmacia—, a la que todos «obedecerán puntualmente en todo lo concerniente a la profesión, en el concepto de que [ella] no podrá darles en contrario a lo que se dispone en esta Ordenanza».

título profesional correspondiente, el plano o croquis de los locales destinados para elaborar, conservar y vender los medicamentos, y el catálogo que de éstos se tenga dispuesto, así como también el de aparatos e instrumentos que con arreglo al Petitorio (32) vigente corresponda. El Subdelegado de Farmacia pasará visita y *comprobará* la exactitud de tales declaraciones. Si por no encontrarlas ajustadas emitiera dictamen que no fuese favorable, *subsanará el farmacéutico las faltas que hubiera*. Para su apertura, en este caso, necesitará nueva visita, en la que el Subdelegado declare que se han cubierto las faltas antes observadas. La autorización, por tanto, representa, en esta primera reglamentación, el simple control de unas circunstancias exigidas por las Ordenanzas y en el que, al menos teóricamente, no existe potestad de autodeterminación de la autoridad autorizante. Esta se limita tan sólo a la simple comprobación de unos supuestos de hecho y su constatación con una serie de condiciones requeridas normativamente.

Dejemos por el momento el análisis estructural de estas autorizaciones. Volvamos, por el contrario, al desarrollo histórico que la reglamentación de la apertura de farmacias ofrece. La posición de la Administración ha quedado concretada, en síntesis, en una doble posición: fiscalización durante la gestión profesional, como ya estaba establecido, pero también fiscalización originaria al requerirse la autorización previa para su ejercicio. Estos dos aspectos, en los que se sintetiza la acción administrativa, los proclamará de forma expresa y unívoca la Instrucción General de Sanidad de 12 de febrero de 1904, en los arts. 62 y 72: por una parte, el ejercicio de la Farmacia, como el de toda profesión sanitaria, será «objeto de la vigilancia de los Subdelegados en lo referente... a su regular ejercicio»; por otra, tal Instrucción reglamenta todo lo referente a la autorización para la apertura de establecimientos farmacéuticos, autorización que seguirá otorgando el Alcalde, según el trámite recogido por las Ordenanzas de 1860.

Tal es el planteamiento general que se mantiene hasta el Estatuto de

---

(32) El art. 30 de las Ordenanzas de 1860, nos señala qué sea este Petitorio: «El catálogo de sustancias simples y medicamentos oficiales de utilidad más conocida y mejor experimentada en la práctica médica, así como los instrumentos, vasos y aparatos más indispensables para su preparación, que deberá poseer como *minimum* toda botica con despacho abierto al público, igualmente que las boticas de los Hospitales.» Sobre la solicitud para obtener la autorización y trámites requeridos, vid., arts. 5, 42 y 44 de las mismas Ordenanzas.

Colegios Farmacéuticos de 4 de octubre de 1934. Este, por su parte, respetará objetivamente la situación anterior; sin embargo, en él van a concretarse aspiraciones corporativas, expresadas en simples manifestaciones de deseo y conveniencia. «Por ser de sumo interés para la salud pública —dice la base III, párrafo 16.— una razonada y útil distribución de los servicios farmacéuticos, el Gobierno reglamentará, a propuesta de la Unión Farmacéutica Nacional, el nuevo establecimiento, distribución y, en su caso, limitación de las oficinas de Farmacia.» Quedan de esta forma recogidas naturales aspiraciones corporativas, que, sin embargo, no habrían de alcanzarse hasta otra etapa posterior, y que para nada iban a variar ni el estado de cosas existente, ni menos aún el régimen de fiscalización administrativa. Este habría de permanecer inalterado hasta el Decreto de 24 de enero de 1941.

2.—*Reglamentación positiva para la apertura y establecimiento de nuevas oficinas de Farmacia: el Decreto de 31 de mayo de 1957.*

El Decreto de 24 de enero de 1941, sancionado más tarde por la propia Ley de Bases de Sanidad Nacional (33), vino a poner fin a la libertad que hasta entonces existiera para el establecimiento de nuevas farmacias. Este criterio es el mismo que mantiene el reciente Decreto de 31 de mayo de 1957. La limitación que este último recoge en el art. 1.º se articula fundamentalmente en razón de una escala móvil, variable. Sin embargo, tal escala es mucho más inoperante de lo que a primera vista pueda parecer. Esta última, según los casos, se determina en razón del número de habitantes o de las distancias; es decir, fundada en el crecimiento demográfico o superficial de las poblaciones (34). Pues bien, creemos que el criterio

(33) La base 16, párrafo 9 de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 recoge que «queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de Farmacia incluso con las amortizaciones que se crean precisas...».

(34) El texto del art. 1.º del Decreto de 1941 señalaba que «el establecimiento de nuevas farmacias en los términos de más de cien mil habitantes se autorizará únicamente cuando la distancia con las ya existentes no sea inferior a 250 metros, teniendo en cuenta los edificios habitables, con excepción de los edificios públicos, calles, paseos, jardines y otros espacios urbanos libres. En los términos municipales de cincuenta mil habitantes la distancia será de 200 metros. En los términos municipales entre cinco mil y cincuenta mil habitantes la distancia será de 150 metros, sin que el cupo total de las establecidas exceda de una farmacia por cada cinco mil».

Notemos las diferencias con el párrafo 1.º del art. 1.º del Decreto vigente de 31 de

adoptado es en sí mismo erróneo. Si lo que se intenta es adscribir un grupo clientelar determinado, ya numéricamente evaluado, ya en razón de las distancias, aparece en este último supuesto el procedimiento que se adopta como manifiestamente equívoco. Son múltiples las diferencias que nuestra geografía urbana ofrece, no sólo por la particular desigualdad de las construcciones en las distintas zonas o regiones, e incluso dentro de una misma ciudad, sino también por la distinta configuración de aquellas zonas que son residenciales de las otras preponderantemente comerciales, con la consiguiente variación numérica en la supuesta distribución de la población. Por si fuera poco, si consideramos el otro criterio que se establece, el de los habitantes, la escala que se fija, de los cuatro mil por farmacia (antes era cinco mil), es casi inoperante. Superados ya con creces en la generalidad de los casos los límites establecidos por las farmacias existentes, se ha venido a consagrar y a garantizar por los márgenes que se señalan una situación de hecho inalterable, a la que en modo alguno alcanza a modificar el efectivo y real crecimiento de la población. Y este criterio aparece todavía más incongruente porque en relación con tales habitantes hay que tomar tan sólo los del padrón municipal de la ciudad en que se solicite la apertura del nuevo establecimiento. De forma expresa lo señala el Decreto de 31 de mayo de 1957, y no queda ya lugar a dudas. Tal criterio, sin embargo, se nos ofrece como un tanto irregular, precisamente desde una valoración real, que es la que parece querer adoptar aquella norma, pero de la que en concreto se prescinde a la hora de la verdad. Pues bien, si partimos de aquella valoración, que, por otra parte, es la que ha servido a la jurisprudencia para abrir camino hacia una interpretación más amplia, es preciso negar el criterio del padrón municipal como determinante de la población numérica. Existe una división de partidos farmacéuticos; su finalidad es ciertamente distinta de la de enmarcar posibles cómputos de habitantes para el establecimiento de nuevas farmacias; persigue, por el contrario, establecer y articular un régimen de titularidad,

---

mayo de 1957 cuando señala que «podrá autorizarse el establecimiento de nuevas farmacias cuando la distancia existente entre el local en que pretendían instalarse y cualquiera de las ya establecidas no sea inferior a: doscientos veinticinco metros, en los Municipios de más de cien mil habitantes; ciento setenta y cinco metros, en los que su población esté comprendida entre cincuenta mil y cien mil; ciento cincuenta metros, en los menores de cincuenta mil habitantes. En este grupo el cupo total de farmacias establecidas para el servicio público no podrá exceder de una por cada cuatro mil habitantes o fracción superior a mil, salvo lo dispuesto en el artículo quinto».

como inspectores farmacéuticos de tales partidos, integrados generalmente por varios municipios. Tal clasificación, repetimos, para nada se refiere al problema que aquí analizamos; ella evidencia sin embargo cómo es absolutamente artificioso computar en las solicitudes de apertura de farmacia únicamente la población municipal del término en el que el establecimiento se solicita, pues esto implica adscribir formalmente a cada oficina de Farmacia un número de habitantes evidentemente muy inferior al que realmente es. Esto viene del hecho de que la mayor parte de los partidos están *de facto* sin cubrir, de tal modo que carecen de tales establecimiento más del cincuenta por ciento de los municipios españoles, lo que hace, como fácilmente se comprende, que el número de habitantes que normativamente se tipifica adscrito a cada oficina de Farmacia sea en ocasiones inferior incluso a la mitad de los que realmente dispone. Nos guía una valoración de hecho: el número de habitantes que *de facto* —cuya determinación, por otra parte, es posible— se vinculan a cada ciudad, es muy superior al que ésta realmente representa. ¿Por qué no se admitió aquél como criterio determinante? La respuesta parece fácil y obvia: porque se aumentaría considerablemente el número de farmacias que podrían establecerse. Por ello el punto de partida adoptado por el Decreto de 31 de mayo de 1957, aunque aparentemente parezca defender un criterio más amplio, no es realmente mucho más generoso de lo que ha venido siendo el del Decreto de 1941; en definitiva, en él se mantiene con toda claridad la misma inspiración corporativa que inspirara a este último.

Creemos que no es difícil determinar el origen y causa de toda esta compleja construcción. La explicación racional de la misma tiene base, a nuestro parecer, en el propio sistema normativo de que ha partido. Desde luego, no puede negarse que el ejercicio de la función normativa por parte de la propia Administración goza, en líneas generales, de una mayor perfección técnica. Más aún, AMORTH (35) proclamará la insuficiencia de los procedimientos tradicionales para la elaboración de los comunes actos normativos, para determinar como una de las características del Estado contemporáneo precisamente la concentración de aquéllos en el poder político-administrativo. Este criterio, sin embargo, es indispensable que se desarrolle, no sólo con marcado equilibrio, sino también aprehendiendo en su totalidad los presupuestos determinantes del mismo, para después

(35) AMORTH, *Nuove strutture dello Stato, en Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, Roma, 1953, 157.

poder cristalizarlos en concretas realidades normativas. Pues es fácil, por el contrario, que en supuestos como el presente se olvide que siendo las leyes y normas en cierto sentido transacciones de tendencias, sociológicamente hablando (35<sup>2</sup>), la Administración que las elabora no se haga eco de las mismas porque en no pocos casos han permanecido ignoradas para la Administración tales tendencias, máxime si «los medios de información y criterio» que ésta tenía eran fundamentalmente de grupos concretos y deducidos sobre criterios corporativos. Por ello aplicable al Decreto de 1957, como lo fuera al de 1941, es sin duda alguna la dura crítica que KELSEN (36) formulara a determinadas formas de integración y formación de la voluntad del Estado basadas exclusivamente en la representación profesional. Esta, por su propia naturaleza, tiende a una supervaloración de su posición estamental en un concentramiento y acrecentamiento sucesivo de intereses. A ello hay que unir la quiebra absoluta del principio rector de tal posición, de la indiferencia y falta de afectación en la formación de la voluntad por quienes no constituyan tal representación o integren el grupo en concreto. No dudamos que tanto el Decreto de 1957 como la propia Ley de bases de Sanidad Nacional que sancionara el régimen limitativo consideraron debidamente los intereses de la clase farmacéutica. Pero, ¿fueron igualmente considerados los de aquellos a los que ésta servía, intereses que aquí condicionan ciertamente el interés prepotente? Y ¿se consideraron también los intereses de aquellos farmacéuticos *futuribles* que posteriormente habrían de alcanzar tal condición?

Dejemos enunciados tan sólo estos problemas generales. Siguiendo el proceso evolutivo que ya iniciamos, analicemos ahora en estos casos el con-

(35<sup>2</sup>) Es, en cierto sentido, la vertiente política que toda ley ofrece, junto a su significado estrictamente jurídico: vid., sobre tal distinción, C. S. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, s. f., 169 y ss.

(36) KELSEN, *Democrazia e cultura*, Bologna, 1955, 56 y ss. No se trata ciertamente de negar valor sustantivo a las sociedades intermedias, tales como las Corporaciones profesionales, en la relación Estado-administrado. El respeto a aquéllas creemos debe ser imprescindible. Ahora bien, lo que aquí se trata de objetar, siguiendo a KELSEN, es el uso funcional que de tales sociedades intermedias se haga en cuanto forma de integrar la voluntad del Estado; no puede olvidarse que el corporativismo en esencia es sólo un método que forzosamente produce una desequilibrada concentración de poder en uno u otro grupo. La experiencia histórica del Estado moderno, partiendo de la Revolución francesa, que ya desde su inicio tomó decidida posición ante problema análogo al que nos referimos como era el gremial, es altamente interesante. Vid., recientemente, CHENOT, *Les institutions administratives françaises*, III, París, 1955, especialmente 394 y ss., al tratar de la «sociología de los grupos».

tenido de la autorización exigida por el art. 1.º en relación con su estructura. Vemos cómo, de forma análoga a la regulación anterior, las circunstancias a constatar son también fundamentalmente objetivas —distancias, formas de realizar la medición, habitantes—. La práctica, sin embargo, ha planteado una serie de supuestos en los que es posible, además de esta mera comprobación fáctica, el que se plantee un verdadero conflicto, en el sentido más etimológico de la palabra, en la determinación de tales circunstancias. Surge entonces, y la autorización debe precisamente resolverla, una evidente colisión entre un interés determinado y concreto, por una parte, y el interés público genérico, por otra, característica que es típica de autorizaciones más complejas. Y precisamente con esta estructura más compleja aparecía, por ejemplo, la autorización que el art. 4 del Decreto de 1941, cuyo supuesto análogo ha desaparecido en el de 1957, por el que se confería a la Administración la facultad para que, en caso de *necesidad excepcional*, autorizase la apertura de un nuevo establecimiento aunque no existiesen las condiciones generales en relación con habitantes y distancias. Esta facultad que el art. 4 confería, y que ciertamente la Administración ha ejercitado tan sólo en circunstancias extraordinarias, era una verdadera «patente de corso», camino libre a una incontrolable voluntad de la Administración en vía contenciosa. Porque así, además, abiertamente, lo ha declarado la jurisprudencia; y ello por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la expresión *podrá*, por la que se le concedía tal facultad a la Administración. Además, por tratarse de «un supuesto extraordinario de necesidad excepcional, caso especial o fuerza mayor, reviste un fondo común del interés público excluido del orden reglado y sometido al discrecional» (37). Pues bien, interesa señalar, para

---

(37) «De la simple lectura de este precepto —dice la sentencia de 22 de junio de 1956— se deduce claramente que no impone a la Administración una manera fija o inalterable de actuar conforme a requisitos de ineludible observancia, sino que le faculta para desenvolver su actividad según la libre apreciación de la conveniencia del servicio y de las circunstancias excepcionales que condicionan esa potestad de conceder, cuando lo estime procedente, el beneficio de dispensar el cumplimiento de las normas reguladoras de las distancias entre establecimientos farmacéuticos establecidos independientemente al supuesto extraordinario de necesidad excepcional, caso especial o fuerza mayor que revisten un fondo común de interés público, excluido del orden reglado y sometido al discrecional.» También, entendiéndose que el ejercicio de las facultades que el art. 4.º confería es incontrolable por tratarse de actividad discrecional, las de 23 de enero y 23 de febrero de 1950, 9 de diciembre de 1951, 9 de marzo, 25 de junio y 28 de octubre de 1954; vid., recogida por CARRIDO FALLA, la de 9 de marzo de 1954, en su

argumentación que después hemos de emplear, que la autorización que en estos casos se otorgaba es en su integración esencialmente distinta de las anteriores, que conllevaban por parte de la autoridad administrativa una simple actividad de constatación, libre de toda apreciación propia. En definitiva, lo que ocurre es que nos encontramos frente a una actividad discrecional; esto es, que es discrecional de la Administración el otorgar o no esta autorización. Ello impone y exige, por parte de la autoridad administrativa, una valoración. El que la realice para nada altera y cambia la naturaleza del acto autorizatorio. En estos casos la autorización ofrece ya esos caracteres complejos a que antes nos referimos y que conducen en vía preventiva a la resolución de un verdadero conflicto en acto, al menos virtual, entre un interés determinado y específico y otro público genérico que la ley considera prevalente. Y hablamos, en relación con el conflicto que tales autorizaciones resuelven, de interés determinado y específico, como el que se relaciona con la parte autorizada. Porque tal interés no ha de ser, aunque sí lo sea en este caso, necesariamente privado. Puede igualmente ser público: piénsese en los casos de autorizaciones a una persona jurídico-pública para que actúe o ejercite una determinada función o actividad, en los que se mantiene también en relación con el conflicto que la autorización resuelve, la misma estructura (38).

Pues bien, sólo por la coincidencia del interés específico, con el interés público, genérico, concretado éste en acto, puede y debe surgir la autorización. Identificación que, por su parte, apreciará discrecionalmente la autoridad administrativa a la vista de esas circunstancias de necesidad que son exigidas. La autorización supone en estos casos, por lo tanto, una libre valoración a realizar por la Administración pública: la evolución dentro del mismo género autorizatorio, desde la sencilla constatación de aparatos y dependencias, a la de apreciación de situaciones de necesidad excepcional, es manifiesta.

Determinada ya la alteración sustantiva que el propio contenido de la autorización puede sufrir, interesa sobre todo referir algunas consecuencias que podían derivarse de aquel artículo 4.º, sobre todo para marcar las

---

trabajo *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, en esta REVISTA, 13, 144 y ss., con referencia además a la forma de pronunciarse la jurisdicción contenciosa sobre la referida actividad discrecional de la Administración.

(38) GIANNINI, *Intorno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, «Banca, Borsa e titoli di credito», XIII, III, II, 305.

diferencias con el régimen vigente. Según la reglamentación anterior, el farmacéutico era titular de un derecho a que se le otorgase la autorización en los casos en que se encontraba en el supuesto del art. 1.º; es decir,

ACCIÓN ADMINISTRATIVA SANITARIA: LA AUTORIZACIÓN PARA LA APERTURA DE FARMACIAS cuando solicitaba la apertura de un establecimiento, respetando el baremo de distancias y habitantes que en él se establecía. En los casos del art. 4.º del Decreto de 1941, aun ejercitando una *actividad que le era propia*, el farmacéutico que solicita tal autorización no tenía ningún derecho para exigirla, sino tan sólo un interés, como es ya doctrina común establecida por el Tribunal Supremo en relación con los actos discrecionales. Pero ¿cuál era la causa que legitimaba tal excepción del artículo 4.º? La necesidad, que obra aquí en relación con la naturaleza del acto, según su juego característico, al legitimar y permitir un acto en concreto que, por otra parte, si tal situación no existiese, sería antijurídico (39). Ciertamente es, como hemos señalado, que tal facultad excepcional de la Administración, amén de plantear no pocos problemas (40), tenía el defecto fundamental de la incontrolabilidad de las determinaciones que en su ejercicio se tomaban. Sin embargo, ofrecía una gran flexibilidad, necesaria en extremo para los supuestos concretos que podían plantearse. El Decreto de 1957 ha suprimido en su totalidad el supuesto del artículo 4; para nada se refiere a él. Todo aparece regulado y reglamentado. Nada se deja a la potestad de la Administración para que, en supuestos especiales, pudiera autorizar la apertura de una oficina de Farmacia. Y no deja, ciertamente, de ser para-

(39) Vid., MIELE, *La situazione di necessità dello Stato*, «Archivio di diritto pubblico», 1936, 246, y CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956, 24.

(40) Nos referimos en concreto a la problemática que podía generar precisamente la alteración de esas circunstancias de necesidad excepcional. Desaparecida ésta, ¿podía la Administración revocar la autorización otorgada? En principio creemos que sí. La Administración valoró tales circunstancias; ella puede y debe hacerlo también en caso que estime que hayan desaparecido. Este criterio es el que por su parte mantiene el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, referido a las licencias, admitiendo la posibilidad de revocar las mismas cuando hubiesen desaparecido las causas que motivaron su otorgamiento, o incluso por la simple adopción de nuevos y distintos criterios de valoración. Sobre este artículo, que ciertamente proporciona una gran movilidad, aunque pueda ser un tanto peligrosa en ocasiones, CLAVERO ARÉVALO, *El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1955*, en esta REVISTA, 19, 291 y ss. Problema distinto, admitida la posibilidad de aquella revocación, sería el control que del acto que la estableciese podría hacerse en vía jurisdiccional. Otra cuestión que también ha sido obviada, era la que se presentaba a las farmacias autorizadas en razón del art. 4.º, cuando *de facto* pasaban a encontrarse en lo que pudiéramos llamar situación normal. ¿Cabía admitir de hecho una conversión de uno a otro supuesto?

dógico que ello ocurra cuando el inconveniente fundamental que el artículo 4 presentaba en razón de la incontrolabilidad de su ejercicio haya desaparecido totalmente merced a la ley de la jurisdicción contenciosa.

Ahora bien: el artículo 1 del Decreto de 31 de mayo de 1957 (41) puede presentar una novedad fundamental, hasta el punto de alterar radicalmente, en una elaboración dogmática, la estructura anterior. En ésta, cuando se respetaban los límites de distancias y habitantes, el administrado farmacéutico tenía un verdadero derecho a que la autorización le fuese otorgada: «el establecimiento de nuevas farmacias... se *autorizará*», era la expresión del Decreto de 1941. Sin embargo, en los supuestos análogos, el artículo 1 del Decreto de 31 de mayo de 1957 se expresa con fórmula distinta. En tales casos se establece únicamente que *podrá* autorizarse el establecimiento de una nueva farmacia. ¿Cuál es el alcance de esta variación terminológica?

Dos posibles interpretaciones parece que a primera vista pueden deducirse de la expresión empleada. La primera de ellas estimando que se trata de una actividad discrecional el autorizar la apertura de la farmacia en tales casos. El propio Tribunal Supremo, ante formulaciones terminológicas análogas, ha señalado reiteradamente que, frente a la expresión «podrá» la Administración se encuentra ante una actividad discrecional (42). Es decir, que si antes el administrado tenía un derecho a que la autorización le fuese otorgada en esos casos, ahora tan sólo tiene un interés. Aunque este cambio no ofrecería actualmente la decisiva importancia que hasta la nueva Ley de lo contencioso planteaba la cuestión de su verificación jurisdiccional, sí puede ser interesante el señalarlo en relación de que la esfera del administrado queda disminuía, sustituyéndose su situación de derecho por la de mero interés, con todo lo que ello significa para el *ejercicio* de un derecho que hasta ahora la legislación había considerado como propio del administrado. Cabe también una segunda interpretación del propio artículo 1, sin que nos conduzca a esta consideración restrictiva. Sería la de estimar que la alteración terminológica no ha buscado conscientemente ofrecer un significado especial. Quizá sea lo más lógico que pueda pensarse. El administrado seguirá teniendo un derecho para que se le otorgue la autorización en tales casos. Se trata, a pesar de la expresión terminológica, de un aspecto reglado de la actividad de la Administración,

(41) Vid., el texto del mismo, *supra*, nota 34.

(42) Vid., sentencias en tal sentido entre las ya recogidas, *supra*, en nota 37.

y no discrecional. Porque ¿qué hay de discrecional en esas circunstancias en las que el Decreto determina que precisamente *podrá* autorizarse el establecimiento de una nueva farmacia? Cabe la discrecionalidad en determinar, por ejemplo, un estado de necesidad, pero ¿qué discrecionalidad existe cuando se trata tan sólo de computar habitantes y distancias en forma del todo reglamentada? La respuesta creemos que debe ser negativa; a pesar de la expresión inicial, y de la interpretación que a la misma ha dado la jurisprudencia, creemos se trata de una actividad reglada. A no ser que estimemos, lo que no parece lógico, que aun cumplidas tales condiciones, queda a la total y libre voluntad de la Administración el autorizar o no el nuevo establecimiento. No se comprende tampoco en virtud de qué razones, y sobre qué motivos, debería determinar tal libertad.

a) *Límite en razón de las distancias.*

Hay, en primer lugar, para el establecimiento de nuevas farmacias, un límite de distancia, que, a su vez, viene establecido gradualmente según los habitantes de la población (43). Este principio limitativo en razón de las distancias era, que nosotros sepamos, totalmente ajeno en el derecho español. En él aparece claramente incorporado por primera vez en el Decreto de 1941 del Derecho italiano. De este ordenamiento positivo se adopta además, en líneas generales, buena parte de la reglamentación que se establece, olvidando, sin embargo, que en el derecho italiano existía, para su adopción, una evidente razón de ser histórica basada en el propio sistema existente en algunos Estados italianos antes de su Unidad nacional (44).

(43) El art. 5.º del D. de 31 de mayo de 1957 señala que no queda sometida a lo dispuesto en el art. 1.º la apertura de nuevas farmacias en los Municipios de población inferior a cincuenta mil habitantes cuando, estando cubierto el cupo señalado para estos Municipios en el art. 1.º, existan por diseminación o crecimiento de población agrupaciones urbanas con más de dos mil habitantes y siempre que la nueva farmacia guarde una distancia no inferior a los quinientos metros de la más próxima.

(44) Vid., referencia en CAMMEO y VITTA, *Sanità pubblica*, en el *Trattato de ORLANDO*, Milano, 1908, IV, 2; VACCARI y ASTOLFI, *Condizione dei diritti e privilegi delle farmacie del Lombardo-Veneto e la nuova legge*, Pavia, 1915; OLSZEWSKI, *Le farmacie nelle provincie degli e Stati pontifici in rapporto alla legge 22 maggio 1913, sul servizio farmaceutico*, Bologna, 1916. En relación con lo que decimos sobre la analogía de la reglamentación española con la italiana, es por demás expresivo el Texto único de la ley italiana de Sanidad de 27 de julio de 1935, núm. 1265, art. 104, máxime si lo comparamos con el art. 1.º del Decreto de 1941. Dice el art. 104: «El número de autori-

Las distancias de separación que se señalan, que vienen a enmarcar una verdadera servidumbre, había que estimarlas exigidas igualmente tratándose de farmacias enclavadas en términos municipales distintos. Tal había sido el criterio, ante el silencio de la reglamentación anterior, que la jurisprudencia había adoptado (45). Solución real, justa a nuestro parecer, y que se determinaba, consecuente con el criterio formulado con carácter general, sobre una apreciación concreta de los supuestos de hecho, válida para todos los casos y operante fundamentalmente en todos aquellos, que no son pocos, en los que por especial configuración geográfica, tuvieran los términos municipales edificaciones colindantes. Este criterio que la jurisprudencia había establecido y que se actualizó en la práctica, aparecía innegablemente no sólo como el criterio más justo, acomodable siempre a situaciones concretas, sino también como el más concorde con el espíritu de la reglamentación vigente. Por el contrario, el Decreto de 31 de mayo de 1957 ha venido a establecer un criterio uniforme, de carácter general (46). Según el mismo, de ahora en adelante las distancias que se señalan se entienden siempre referidas a farmacias enclavadas dentro del mismo término municipal. Por ello, que aunque la distancia fuera menor o tales farmacias estuviesen muy próximas, para realizar el cómputo de aquéllas no haya que tener ahora en cuenta las establecidas en otro término municipal.

Se fijan, pues, una serie de distancias. Pero ¿cómo deben computarse? Ningún principio se consignaba sobre ello en la reglamentación impuesta por el Decreto de 1941. Ante tal silencio, ha sido de nuevo la jurisprudencia la que mantuvo constantemente que hay que entender que la forma de realizar tales mediciones debe hacerse según la línea vial más corta.

zaciones viene establecido de forma que no haya más de una farmacia cada cinco mil habitantes. Cuando particulares exigencias de la asistencia farmacéutica local, en relación también con las condiciones topográficas y medios de comunicación lo exijan, puede establecerse, junto o sustituyendo el criterio de la población, un límite de distancias por el que cada nueva farmacia diste al menos quinientos metros de las existentes. El número de autorizaciones para las farmacias rurales es determinado por los criterios anteriores, excluido el de la población. Son farmacias rurales las instituidas en Municipios con población inferior a los cinco mil habitantes.» El paralelo, creemos, es por demás evidente; pero, repetimos, en relación con el sistema italiano había una evidente razón de continuidad para adoptarlo: *vid., infra*, nota 74.

(45) Sentencia de 5 de abril de 1955.

(46) Como reglamentación especial, el art. 7.º del D. de 31 de mayo de 1957 ofrece un régimen particular, dada la configuración de las poblaciones, para Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife.

Es cierto, sin embargo, que con elogiado criterio ampliativo en ocasiones (47) ha estimado que ante mediciones contradictorias, cuando ninguna de ellas infrinja norma legal, y si ambas han sido tomadas por organismos públicos, debe estimarse como válida la que posibilite el establecimiento de una nueva oficina de farmacia, y que, por tanto, cercene el criterio restrictivo. Pues bien: aquel principio reiteradamente enunciado por el Tribunal Supremo de la línea más corta como base de la medición, ha sido muy justamente recogido en el párrafo 3 del artículo 1 de la regulación vigente, en el que taxativamente se dispone que la medición de la distancia ha de efectuarse por el camino vial más corto, por el eje de la calle o camino, siguiendo además en las plazas o espacios abiertos el camino, también el más corto, que se utilice para peatones con arreglo a las normas de circulación que rijan en la localidad de que se trate. Ahora bien, esta misma norma contiene además una de las pocas innovaciones fundamentales que el Decreto de 1957 ha realizado. A nuestro parecer, tal innovación encuentra su génesis y origen directo en la sentencia de 2 de julio de 1956 (ponente, profesor ARIAS RAMOS), de la que, por otra parte, aparece como lógica consecuencia. El Decreto de 1941 establecía que la medición debería hacerse «teniendo en cuenta los edificios *habitables*, con excepción de los edificios públicos, calles, paseos, jardines y otros espacios libres». El criterio que en tal computación se adopta era ciertamente contradictorio. Por una parte, había que incluir los edificios habitables —una casa particular toda ella dividida en pisos ocupados por oficinas públicas o privadas deberá incluirse, dado que tiene el requisito de la *habitabilidad*. Por otra parte, según el texto del Decreto, había que excluir supuestos que entrañan situaciones realmente análogas a las anteriores, por tratarse de edificios públicos, e incluso aunque en estos últimos habitase mayor número de personas. No es cuestión de estudiar aquí que sean edificios públicos y cuáles hayan de ser las condiciones de habitabilidad que se exigen. Baste señalar tan sólo, cómo la práctica ha presentado abundantes inconvenientes en la determinación concreta de tales exclusiones. Porque, ¿debía ser habitable todo el edificio o bastaba que lo fuera tan sólo en parte? La única forma de salvar la antinomia anterior en razón de la habitabilidad y del

---

(47) Sentencia de 5 de julio de 1956. El mismo criterio ha sustentado la de 22 de junio de 1956, referida en concreto al traslado de un establecimiento que se sitúa a distancia muy inferior de la señalada, según determinada medición, por haber sido apropiado el edificio donde se encontraba con anterioridad.

carácter de edificio público, era considerar cómo la exclusión de tales edificios en la medición que se haga, no viene determinada *per se* en razón de la específica titularidad de los mismos. Ello sería totalmente irrelevante para el fenómeno que analizamos. El verdadero motivo que impone su exclusión en el cómputo de las medidas, radica en el hecho de que en aquellos edificios normalmente nadie vive; faltan, por tanto, las personas que pudieran estar necesitadas de los servicios farmacéuticos. Ahora bien: si quiebra este presupuesto —y la interpretación puede, incluso, parecer atrevida—, es decir, que aun siendo públicos estén habitados tales edificios por un reducido número de personas, deben incluirse entre los habitables, no excluyéndolos, por lo tanto, de la medición señalada (48).

El principio que señalaba la no inclusión de los edificios públicos recibía, con el razonamiento anterior, que era el recogido por la sentencia señalada, su golpe de muerte. Quedaba desvirtuada en su totalidad la posible eficacia de la exclusión de los edificios públicos. Admitido este criterio, que, repetimos, responde a la línea jurisprudencial de ampliar los límites de la reglamentación positiva, difícilmente podrá encontrarse un edificio que, aun siendo público, no fuera habitado por nadie. La exclusión no hay por qué realizarla. Si junto a ello unimos el hecho real de que la negativa a la autorización se ha basado en ocasiones en falta de distancias, por tener que descontar determinados *solares*, que en el momento de resolver el expediente eran ya edificios habitados, todo ello justifica sobradamente que el Decreto de 31 de mayo de 1957 haya omitido el tener que realizar cualquier deducción en el cómputo de las distancias: «La medición de las distancias —se señala— habrá de efectuarse [...] sin deducción alguna.»

b) *Límite en razón del número de habitantes.*

Queda todavía por analizar el otro límite que se establece: los habitantes. Este límite, a su vez, condiciona, además, como hemos visto, la distancia concreta a tomar en cada caso, según se trate de una población u otra. La orden de 23 de enero de 1952 había determinado como válido que el número de habitantes a computar sería el establecido en el censo general, una vez declarado oficial por el correspondiente Decreto del Mi-

(48) Un tanto inconsecuente con este criterio, creemos es parte de la argumentación que establece en la sentencia de 17 de mayo de 1957.

nisterio de Trabajo (?) (49). Este régimen imponía la existencia de una situación transitoria de espera cada vez que entraba en vigor el censo (50), durante la cual se suspendía la tramitación de solicitudes, tramitación que se reanudaba más tarde para poder solicitar ya las autorizaciones de apertura o traslado que resultasen de la nueva constatación demográfica.

Este criterio, poco flexible en esencia, ha sido sustituido por otro evidentemente más acomodaticio, impuesto además por la realidad. Es decir, ya con anterioridad al Decreto de 31 de mayo de 1957 se estimaba como operante para la computación de habitantes, a pesar de lo establecido en la Orden de 23 de enero de 1952, la población determinada por el padrón municipal con arreglo a la rectificación realizada al finalizar el año anterior. Posición, esta última, que es la que recoge la reglamentación vigente.

El problema fundamental, sin embargo, quedaba por determinar todavía en relación con el número de habitantes. Porque, ¿qué población debe contarse? ¿La de derecho —habitantes residentes, estén presentes o ausentes—, o la de hecho —residentes presentes y transeúntes— (51)? Fué también en este caso el Tribunal Supremo el que dió solución al asunto; y en una sentencia, concretamente en la de 11 de junio de 1956 (ponente, CORDERO TORRES), encuentra también su origen, incluso textual, la norma actualmente vigente. Y será de nuevo la trayectoria que en esta materia hemos visto ha sostenido el Tribunal Supremo, la que lleva a considerar cómo la doble realidad que supone no sólo la efectiva presencia de los habitantes transeúntes, igualmente necesitados de suministro farmacéutico, sino también el que las cifras de los censos oficiales resulten superadas en la realidad en cuanto transcurre algún tiempo desde su aprobación, por lo que las clasificaciones farmacéuticas quedan abiertamente desproporcionadas entre el número exacto de personas que han de utilizar tales servicios sanitarios y el número establecido en los censos correspondientes. Por ello que, entre la población de hecho y la de derecho, deba tenerse en cuenta aquella que represente un mayor número de habitantes. Esta posición, que la propia jurisprudencia continuará (52), fué más tarde

(49) Así lo establecía la Orden de 23 de enero de 1952: los servicios de Estadística dependen desde la Ley de 31 de diciembre de 1945 de la Presidencia del Gobierno.

(50) Orden de 31 de julio de 1951, referida al caso concreto de la entrada en vigor del censo de 1950.

(51) Vid., art. 94 del Reglamento de Población y demarcación territorial de las entidades locales de 17 de mayo de 1952.

(52) Sentencias de 16 de junio y 12 de noviembre de 1956.

establecida con carácter general por la Administración (53), y actualmente ha sido sancionada por el propio Decreto de 31 de mayo de 1957.

### III.—PROBLEMAS SUSTANTIVOS SOBRE LA AUTORIZACIÓN DE APERTURA.

Nuestro desarrollo ha girado hasta ahora sobre todo en torno a la reglamentación positiva; ésta, a su vez, la hemos asumido especialmente como estructura cualificadora de una determinada situación. El análisis de la misma —en concreto, de las específicas situaciones de hecho sobre las que incide aquella reglamentación— y la acomodación de esta última a aquéllas, es lo único que permite determinar la validez de tal regulación en toda su amplitud (54), superando rígidos esquemas, fruto, por otra parte, de una configuración exclusivamente positivista. Ahora bien: de la problemática jurídica en torno a la que hemos centrado este trabajo, referidos ya los aspectos más importantes, vamos a fijarnos en un punto específico, movidos por el planteamiento crítico que del mismo, materia de debate, se ha hecho. Omitimos, por tanto, referir otras facetas jurídicas que, en concreto, el ejercicio de la Farmacia comporta; ello no parece necesario, pues nos conduciría a un planteamiento más expositivo que dogmático.

El problema con el que nos enfrentamos no es otro que el de la naturaleza jurídica del acto de autorización; más concretamente, si en el caso presente se trata de una verdadera autorización o, por el contrario, puede hablarse de concesión. Como una de aquéllas creemos debe configurarse la necesaria para la apertura de una farmacia. Así, además, ha sido comúnmente recogido. No han faltado, sin embargo, quienes, ya desde la perspectiva de la actividad industrial de la Administración, ya desde la del servicio público, al menos impropio, han señalado se trata de una concesión. Tales planteamientos aparecen, sin duda alguna, indiscutiblemente inspirados por el fenómeno de la expansión de funciones y actividades públicas (55), expansión que, por otra parte, no creemos conduzca

(53) Orden de 24 de diciembre de 1956.

(54) CATALDI, *La tecnica dell'amministrazione della Sanità Pubblica nella scienza dell'amministrazione*, separata de «Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza», Firenze, 1955, 18.

(55) CATALDI, *Il conferimento delle Farmacie*, Roma, 1947, 7; VILLAR PALASI, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en esta REVISTA, 3, nota 26; *Administración y planificación*, Madrid, 1952, 162, y en *Concesiones administrativas*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», IV, 694.

necesariamente a la idea concesional, sino que puede y debe mantenerse dentro de los límites de la autorización. Preciso es, pues, analizar es última figura, tanto estructuralmente —análisis del acto en sí—, como funcionalmente, esto es, enmarcada dentro de la correspondiente actividad o gestión.

### 1.—Referencia a la doctrina general de la autorización.

En 1894, Oreste RANELLETTI (56) establecía como característica del acto administrativo de autorización, la de producir una *rimozione dei limiti*. Mediante aquélla, al titular de un derecho se le permitía ejercitarlo. Desde entonces el criterio general para determinar la naturalza y características de la autorización, ha sido casi comúnmente seguido. Incluso por lo que puede referirse a su misma enunciación terminológica (57).

Sin embargo, partiendo de la estructuración anterior, el valor que la autorización puede representar ha sido con frecuencia disminuído. Es casi posición común, al estudiar sus caracteres diferenciadores de la concesión, la que señala que, mientras ésta supone en la conducta de la Administración pública un algo positivo y directo, la autorización entraña algo tan sólo meramente formal y en la que aquélla adopta una conducta meramente pasiva. Es decir, en tal sentido, se vinculaba en la práctica el concepto de autorización en todo su significado, al de actividad administrativa de policía, entendida ésta, por otra parte, tal y como el Estado de derecho

(56) RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni*, «Giurisprudenza Italiana», 1894, IV, 7 y ss.

(57) Sobre este punto, vid., además de las obras citadas, FORTI, *Gli acquisti dei corpi morali e l'autorizzazione governativa*, en *Studi di diritto pubblico*, II, Roma, 1937, 61 y ss., quien al referirse a la doctrina general de la autorización, con referencia también al campo iusprivatista, creemos centra justamente el problema al determinar cómo la autorización surge de la necesidad de que el ejercicio de un determinado derecho sea subordinado al consentimiento de otro sujeto, en este caso la Administración pública, no importando sustancialmente que la apreciación realizada por la voluntad autorizante sea o no discrecional. También sobre este punto, ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, *Studi in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 19; GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1943, 71 y ss.; VIGNOCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, 13; GASPARRI, *Considerazioni in tema di autorizzazione*, «Giurisprudenza Cassazione civile», 1947, III, 1125; C. MARTÍN-RETORTILLO, *Algo sobre el precario municipal*, «Instituto García Oviedo», Sevilla, 1956, 39 y ss. Valorando a la autorización con un contenido no meramente policial «strictu sensu», sin necesidad, por otra parte, de que tales actos administrativos pierdan tal carácter, GARCÍA TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, en esta REVISTA, 12, 26.

liberal la estructurara, esto es, en su estructura primariamente abstencionista. Ahora bien: tal matiz diferenciador, aun siendo verdadero, no es exacto en su totalidad, pues aun sin llegar a posiciones recientemente sustentadas y que asignan a la autorización la verdadera y propia creación de un derecho (58), el mantenimiento de aquella primera configuración significa indiscutiblemente cercenar y negar sustantividad propia a aquel otro aspecto que, junto a la titularidad de un derecho, supone la posibilidad de su ejercicio. La valoración de tal posibilidad ofrece, *per se*, una relevancia y sustantividad obvia. Por su parte, la teoría general del derecho y el propio ordenamiento privado nos evidencian sobradamente esta valoración. Por ello que, precisamente en función de la perspectiva que el ejercicio de un derecho supone, diferenciado de la titularidad del mismo, se exija que sea valorada suficientemente, superando criterios meramente formales, el significado y contenido que el acto de autorización entraña. La autorización aumenta la capacidad de los sujetos a los que son dirigidas, pero, sin embargo, tal aumento no se determina, como hemos visto, en surgir un derecho nuevo, sino tan sólo en la posibilidad de su ejercicio (59). La concesión, por el contrario, comporta una ajeneidad inicial y total por parte del concesionario en cuanto a la titularidad. El que se niegue la autorización impide tan sólo la efectividad del derecho; no así en el caso de la concesión, en el que no cabe configurar, en líneas gene-

---

(58) ORTOLANI, *Autorizzazione*, cit., 19; ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, 290 y ss., dada la expresión que él emplea al incluir a las autorizaciones entre los actos «constitutivos de derecho a favor de los particulares», pudiera aparentemente también encuadrarse en esta dirección, si bien especifique más adelante cómo la constitutividad del efecto concierne, más que a la titularidad del Derecho a favor del administrado, a la posibilidad jurídica de su ejercicio. Desde tal perspectiva, nos parece no adecuada la expresión recientemente empleada por el párrafo 2.º del art. 3.º del Decreto de 31 de mayo de 1947: fijada una tramitación particular, y establecidos unos plazos para que se lleve a cabo materialmente la apertura de la farmacia, se señala cómo el incumplimiento de ello implica la pérdida de todos los derechos que la autorización hubiera podido conferir al solicitante. La expresión normativa no creemos tenga mayor alcance. No debemos ocultar, sin embargo, que ella pudiera prestar base, acaso la más fundada, para una configuración concesional. No obstante ello, no creemos que se haya pretendido esto último, pues cuando una figura como la de la concesión aparece en nuestro propio sistema administrativo tan específicamente delimitada, no parece pensar que de forma tan subrepticia, pugnando no sólo con la temática del propio Decreto, sino también con toda la fundamentación positiva de nuestro derecho, haya pretendido establecerse al determinar más o menos exactamente la virtualidad y eficacia de unos efectos.

(59) Por todos, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 264 y ss.

rales, ninguna referencia a tal situación personal; nada preexiste en el particular antecedentemente a la posible concesión (60).

No pretendemos revisar, ni siquiera en parte, la configuración tradicional de la autorización administrativa. Sin embargo, si queremos señalar las causas que, a nuestro parecer, han generado en torno al acto administrativo de autorización ese fenómeno que hemos apuntado, de cercenamiento y debilitación del mismo.

a) *Particularización diferenciadora dentro del genus de los actos de autorización.*

Es evidente que de igual forma que desde otros puntos de vista ha podido establecerse un concepto unitario de la concesión, puede también configurarse dogmáticamente un concepto típico de las distintas formas que el acto administrativo de autorización reviste. Tal concepto abarcaría supuestos estructuralmente análogos *en razón de la titularidad del derecho que se ejercita, y de la posición que respecto al mismo ofrece la conducta de la Administración*. Serían todos aquellos actos de mera valoración —previa o posterior—, de una conducta o de un derecho, en relación con el interés público genérico, siempre que tal conducta o tal derecho suponga el ejercicio de una titularidad propia en el autorizado. Esta estructura para nada se altera si esa valoración que la Administración hace, o, siguiendo la terminología de GIANNINI (61), esa resolución del posible conflicto de intereses que se plantea y que la autorización va a resolver, aparece reglada, o, por el contrario, queda a la discrecionalidad de la Administración (62). Tanto en uno como en otro caso, permanecen los caracteres fijados de la autorización.

Por el contrario, la perspectiva generalmente asumida por la doctrina

(60) ALESSI, *Sistema*, cit., 291.

(61) GIANNINI, *Intorno*, cit., 305 y ss.

(62) Por todos, FORTI, *Gli acquisti*, cit., 63, y *Lezioni di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1950, 138, aunque no deja de manifestar cómo buena parte de la doctrina determina como característica esencial de la autorización la discrecionalidad en cuanto al otorgamiento: así, DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, «Archivio Giuridico», 1903, 29 y ss., y ZANOBINI, *Corso*, cit., 265. En tal sentido, el primero de estos dos autores propone distinguir entre las autorizaciones propiamente dichas, que implican una apreciación discrecional por parte de la Administración y que ofrecen carácter negocial, y las autorizaciones no discrecionales, regladas, que constituyen las licencias y que, a diferencia de las anteriores, no tienen carácter negocial.

ha sido muy distinta. Esta se ha detenido casi siempre en minimizadores detalles, relevando y tratando de matizar como figuras propias y totalmente diversas lo que, en definitiva, no eran sino facetas de una análoga manifestación de voluntad, que perseguía además un mismo fin (63). Las diferenciaciones y matices que entre las autorizaciones, licencias, aprobaciones, etc., se han señalado insisten, buscando diferencias siempre en la forma o en el tiempo en que se realizan tales actos administrativos, y pueden aparecer, como se ha indicado recientemente (64), como un tanto inoperantes desde una perspectiva estructural de tales actos. No defendemos que sean figuras absolutamente idénticas, que no lo son. Los efectos de una conducta del particular, por ejemplo, serán distintos en relación con la aprobación o autorización que pueda requerirse, pues mientras la primera influye sobre la eficacia de aquella conducta, la segunda lo hace sobre la validez de la misma. Ahora bien: a pesar de esta diversidad, toda esta clase de actos ofrece, sin embargo, una analogía suficiente como para agrupar tales manifestaciones de la voluntad administrativa estructuralmente en forma unitaria. Todas ellas pertenecen a un mismo género común autoritario, distinto del concesional, y en el que confluyen la titularidad de un

---

(63) ZANOBINI, *Corso*, cit., 265.

(64) Un concepto unitario de la autorización, ya en GIANNINI, *Intorno*, cit., 305, y también en CACCIAPAGLIA, *Le concessione amministrative comunali*, Bari, 1952, 54, aun sin admitir las consecuencias que este último autor alcanza. También, recientemente, puede inferirse esta configuración de GIANNINI, *I proventi degli enti pubblici e la riserva della legge*, en *Studi in onore di G. M. de Francesco*, II, Milano, 1957, 417. Considerando también a las licencias, dentro del género amplio de las autorizaciones, como una especie de las mismas, en concreto como autorizaciones de policía, el propio derecho positivo italiano, en el art. 14 del texto único de 18 de junio de 1931, núm. 773, de la ley de seguridad. Vid., en FORTI, *Lezioni*, cit., 138. Una posición un tanto análoga, no disgregadora, por lo tanto, de todas estas figuras, la adopta específicamente también nuestro Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, tít. I, especialmente. Sobre este punto, también CLAVERO ARÉVALO, *El Reglamento de Servicios*, cit., 291. Al incluir nosotros, siguiendo a GIANNINI, —*Intorno*, cit. en esta misma nota—, las aprobaciones dentro de una configuración amplia del género autoritario, no nos referimos, como es evidente, a un acto administrativo que pudiera estimarse complejo, sino a aquellos supuestos en que antes de surtir efectos legítimos, y en función de su gestión, una determinada conducta *privada*, llevada a cabo por un particular en el ejercicio de un derecho que es suyo, precisa, en razón del interés público, la constatación de la misma por la Administración, una vez realizada aquélla, pero antes de que produzca sus efectos. La estructura es sustancialmente análoga a la de la autorización tal y como tradicionalmente venía configurada: la diferencia es tan sólo temporal; en ambos casos, el derecho que se va a ejercitar o que se ha ejercitado pertenece en su titularidad al particular.

derecho en el administrado, cuya gestión personal y propia se trata precisamente de actualizar. En relación con ella, aquél tiene una determinada pretensión *per se*, fundamentada en una posición jurídica concreta —derecho o interés—; esta actualización hay que acomodarla con un interés público. Y así, la autorización, entendida en su sentido amplio, decide, pues, sobre la existencia o no de tal acomodación. Por eso también la necesidad de la misma para hacer posible, *a priori* o *a posteriori*, la plena adhesión del comportamiento del particular en concreto, con el interés público.

Podrá surgir inminente la objeción. ¿Interés práctico de esta elaboración unitaria? Aparentemente, ninguno. Se trata tan sólo de agrupar, de intentar sistematizar un poco determinados actos administrativos que ofrecen características comunes. Que la diversidad, a la que por su propia estructura tanto tiende el sistema administrativo, no comporta necesariamente una configuración independiente. El haber prescindido de este intento, más aún, que la orientación haya sido precisamente la contraria, creemos ha minimizado sin duda alguna el posible significado que la autorización representa.

b) *La autorización se relaciona con una conducta potestativa del administrado.*

Junto a esa primera nota particularizadora en la elaboración del concepto de autorización administrativa, aparece también, con análoga significación, el hecho de que las autorizaciones se han referido, en su sentido más estricto, por lo que respecta a los actos de los administrados, a hechos exclusivamente potestativos de estos últimos y que, por otra parte, no tenían una necesidad intrínseca. Que esto no sea cierto si de las autorizaciones consideramos su significado amplio, comprensivo, tal como con anterioridad lo hemos auuntado, es evidente, como ya señalara GIANNINI (64<sup>2</sup>). Pero es que, además, tampoco puede defenderse la potestatividad de las conductas que requieren autorización, si partimos del significado tradicionalmente restringido de aquélla como acto previo. A no ser, claro es, que la potestatividad la entendiéramos en su significado más absoluto y metafísico. Que la autorización o licencia para tener armas de caza se base en un hecho humanamente potestativo es evidente, como puede serlo también

(64<sup>2</sup>) GIANNINI, *Intorno*, cit., 305.

la que pudiera solicitar una sociedad industrial para ampliar el capital intentando la obtención y fabricación de nuevos y distintos productos, distintos de los normales de su producción. Sin embargo, ¿puede de verdad hablarse de ampliación de capital *potestativa* la que cualquier sociedad solicitó, no frente a un aumento de sus actividades, que se mantendrían las mismas, sino exclusivamente para subsistir en un período de inflación y de depreciación de la moneda? ¿Puede también hablarse de *potestativa* la que, por ejemplo, un particular propietario de un inmueble solicite, al margen de cualquier declaración de finca ruinosa, para realizar obras en la casa donde vive y cuyo techo se le hunde?

c) *Autorización y función de policía.*

Hay un tercer fenómeno, jurídicamente quizá el más importante, que ha contribuido en ese proceso de debilitación de la autorización administrativa. En concreto, la consideración de la misma como elemento exclusivo de la función de policía, entendida ésta, a su vez, por otra parte, en el sentido más restringido, más débil, en cuanto a la función operativa del Estado, y contra el que recientemente ha intentado reaccionarse (65). Se configuraba a la autorización de esta forma, un tanto como simple condición previa para un determinado comportamiento del particular, frente al que la Administración adoptaba una conducta casi meramente pasiva, removiendo en un acto de escasa potencialidad los obstáculos iniciales. Autorización y policía administrativa. Sólo así, con un concepto en general pobre de la autorización, frente a la multiformidad de la vida jurídica, matizadas en los distintos supuestos que la actividad administrativa ofrece, ha podido negarse tal categoría a aquellos casos que si ciertamente no se ajustaban a los estrechos moldes en que había sido configurada, debían mantenerse (66) en sus más amplios límites precisamente en razón de la titularidad del derecho ejercitado. Que ya antes hemos apuntado cómo la creciente expansión administrativa no conduce *a fortiori* a la idea concesional, sin que, por otra parte, se nos oculte que, como consecuencia de la misma se haya producido un cierto desdibujamiento en los tradicionales contornos diferenciadores de tales figuras (67).

(65) Por todos, GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954, 109 y ss.

(66) Entre otros, GARCÍA-TREVILIANO, *Aspectos*, cit., 26.

(67) VILLAR PALASÍ, *Concesiones*, cit., 697.

Las autorizaciones pueden rebasar, y de hecho así ocurre, el campo estricto de la policía administrativa. En el campo económico-profesional han tenido, sin duda alguna, una amplia actualización (68), no siempre con aquella exclusiva y restringida funcionalidad. Más aún, aquélla es medio operativo primario para la gestión administrativa en un sistema, o en una materia concreta, estructurada planificadamente. Porque partiendo de la posible realidad de que la planificación no implica una realización total por parte del ente público planificador, puede este último reclamar, en la operatividad de ese programa que establece, el concurso de las fuerzas particulares, que precisamente aparecerán modeladas y controladas por autorizaciones. Surgen así lo que se ha llamado autorizaciones con funcionalidad operativa (69). El contenido de la autorización, así entendida, viene a enriquecerse en su desarrollo evolutivo por el logro mediante las mismas de una finalidad de índole planificadora, ya estructurada previamente. Así, mediante una limitación en las autorizaciones de pesca se protegería la riqueza piscícola; por las autorizaciones de aumento de capital de las sociedades mercantiles podrían estructurarse, en razón de límites establecidos, un plan general de inversiones, etc. Todos estos actos administrativos deben encuadrarse siempre dentro del género de las autorizaciones, en razón de la permanencia de la titularidad del derecho que se ejecuta en el autorizado; se diferenciarían, sin embargo, de los otros tipos de autorizaciones en que mientras en estos casos la Administración actúa desde un plano colateral e indirecto en relación con el acto que se autoriza, en las autorizaciones con funciones operativas la Administración aporta directamente la actuación concreta de un programa o de una directriz por ella previamente establecida. E incluso, no hay duda que mediante propias y verdaderas autorizaciones, puede la Administración llevar a cabo su función reestructuradora. Nada más lejos del clásico y viejo concepto de la policía administrativa...

(68) ORLANDO-LESSONA, *Principi di diritto amministrativo*, 1952, 313.

(69) GIANNINI, *Intorno*, cit., 306. Ya este mismo autor recogía con anterioridad verdaderos supuestos de autorizaciones operativas en el derecho positivo italiano, en *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 243. Dentro de este grupo podrían encuadrarse en nuestro régimen local las licencias municipales establecidas en número limitado, reducción en cuanto al límite que para nada les hace perder su carácter peculiar: vid., también el posible juego que para una gestión inmisionista de la Administración pueden ofrecer las autorizaciones, según el art. 8.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de julio de 1955.

Pero es que, por si esto fuera poco, aquella función de policía a la que las autorizaciones se vinculan es, como ya hemos advertido, la que responde al concepto tradicional de la misma, cuando ésta no ha recibido todavía el impacto de su sentido y significación amplia, tan engarzado por otra parte con su propio origen (70), que llega incluso a establecer prestaciones positivas de hacer en el particular y que, como GARRIDO FALLA (71) ha señalado, debe mantenerse dentro de la configuración sustancial de la policía.

Por tanto, ni las autorizaciones son exclusivas de una función de policía administrativa, ni cuando la Administración por medio de aquéllas ejercita una función más intensa, es necesario salirse del campo de la policía para entrar en el más o menos dudoso de un servicio público, al que empieza por calificarse de impropio.

## 2.—Aplicación para el supuesto de la apertura de una oficina de Farmacia.

Aplicando el desarrollo anterior al supuesto específico que estudiamos, en relación con el mismo creemos debe mantenerse la configuración del acto administrativo necesario para llevar a cabo la apertura de una far-

(70) Vid., por todos, GARRIDO FALLA, *Las transformaciones*, cit., 116 y ss.; VILLAR PALASI, *La actividad industrial*, cit., 59 y ss. Sobre este mismo punto, explicándonos la extensión que en su origen pudo tener la policía, no deja de ser por demás expresivo el siguiente texto de FRIEDICH, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Méjico, 1946, 94 y ss.: Los «incipientes Gobiernos modernos iniciaron una gran cantidad de políticas encaminadas a fomentar la prosperidad interior. Tales políticas fueron puestas en ejecución por funcionarios administrativos que tuvieron un gran interés en que se cumplieran efectivamente. Pero no debe considerarse esta puesta en práctica de modo primordial como cuestión de restricciones, sino más bien de instigación a la iniciativa privada. No es accidental que la palabra política (inglés, *policy*) esté tan íntimamente relacionada con policía (inglés, *police*). Ambas derivan de la antigua palabra francesa *policie*. El diccionario de Oxford nos dice que el sentido general de policía, es «administración civil» que está encargada de los diferentes tipos de acción adoptados por los Gobiernos (políticas). El segundo sentido de policía es orden público, y naturalmente que tal orden ha de mantenerse mediante esas diversas políticas. No es consecuencia sorprendente encontrarnos a los primeros Gobiernos modernos preocupados por el problema de la policía [...Tampoco] es en modo alguno accidental, sino que constituye una resurrección de precedentes antiguos, el hecho de que en los Estados Unidos de hoy se invoque con tanta frecuencia el «poder de policía» para hacerlo intervenir en la esfera industrial».

(71) GARRIDO FALLA, *Las transformaciones*, cit., 119.

macia como una autorización administrativa. La cuestión principal radica, no hay duda, en la titularidad del derecho que se ejercita: si es propio o es, en su sustantividad, concedido por el Estado. Así también, precisamente desde esta perspectiva, en razón de la referida titularidad del derecho que se actúa, han centrado el problema quienes en Italia (72) y en España (73), han defendido que acaso pudiera tratarse de una concesión. Sin embargo, antes de seguir adelante convendrá señalar, que en modo alguno la argumentación del sistema italiano, dada su peculiaridad, es aprovechable para el nuestro (74). Pues bien, la defensa de la tesis con-

(72) Vid., especialmente, CATALDI, *Il conferimento*, cit. El trabajo de FALZONE, *Le farmacie: natura giuridica e trasferibilità*, Palermo, 1948, que parece defiende posición un tanto análoga, no nos ha sido posible consultarlo.

(73) VILLAR PALASI, *La actividad industrial*, cit., nota 26; *Administración*, cit., 162; *Concesiones*, cit., 694.

(74) La reglamentación farmacéutica italiana permite hablar de concesión, pues tal era, su estructuración tradicional, antes incluso de asumir un régimen unitario. Así, en la reglamentación piemontesa la gestión farmacéutica viene configurada, más que como el ejercicio de una profesión, como un verdadero título o patente. Las farmacias pueden normalmente estar concedidas a quien no fuera profesional facultativo, son transferibles por venta o por sucesión, y aquel título era además considerado como un bien inmueble por el art. 407 del Código Albertino, susceptible, por otra parte, de hipoteca. Era, sin duda alguna, una verdadera concesión basada en el principio medievalista de que la dación de licencia para el ejercicio de una industria constituía ejercicio de un derecho mayestático, capaz de venta por parte del soberano. Concedida la farmacia, sólo en dos casos podía la autoridad administrativa permitir la apertura de una nueva en la misma localidad: 1.º Cuando aquellas farmacias *piazzate* fuesen insuficientes para la población por escasez de las mismas o dificultad de comunicaciones; en tal caso, tal necesidad debía ser acreditada por constatación directa de la autoridad municipal y aprobada después por los Tribunales, dado el carácter de modificación de situaciones jurídicas que implicaba: sólo después de ello podía abrirse un nuevo establecimiento. 2.º Cuando en los pueblos o ciudades provistos de *piazza* no ejercitase ésta su propietario o refutase su venta o alquiler. En todos estos casos la autoridad no permitía sólo el establecimiento de una nueva farmacia, sino que, una vez concedido, tenía también que aprobar el lugar donde quisiese establecerse, teniendo en cuenta *la población y la distancia con otras farmacias*, para conciliar de esta forma, tanto en este caso como en el de traslado, los intereses y derechos de los ya establecidos con las necesidades del público. Como en Piemonte, también en Liguria existía un sistema en parte análogo: por práctica constante venía exigiendo para la apertura o traslado de un nuevo establecimiento un núcleo de población de tres mil habitantes, al menos, y una distancia de trescientos metros con las farmacias preexistentes, y si bien en casos excepcionales no se exigió rigurosamente el límite de la distancia, el de la población fué plenamente respetado. Con estos antecedentes, va a establecerse un sistema monopolístico en Italia, casi nacionalizado, como dirá CATALDI, y en el que no es difícil encontrar la figura de la concesión, a pesar de calificarla la legislación de autorización, pues aquélla empieza por estructurar todo el sistema como si fuera un servicio público. Sobre ello, la ley de 22 de mayo de 1913, núm. 468, y el Reglamento de 13 de julio de 1914, núm. 829, que

cesional ha sido reiteradamente apuntada entre nosotros por VILLAR PALASÍ (75), en concreto, extensivamente desde el plano de la concesión industrial. Esa titularidad de que hablamos por parte del Estado —necesaria con carácter previo para que pueda hablarse de concesión (76)—, se busca en las declaraciones expresas de nuestro derecho positivo, particularmente cuando éste señala que tanto la Industria, como la Sanidad en nuestro caso, entran dentro del Patrimonio nacional. El texto legal que VILLAR PALASÍ recoge de que «la Industria como instrumento de producción se considera parte integrante del Patrimonio Nacional y está subordinada al interés supremo de la Nación» (77), puede ciertamente completarse en la misma línea, con las afirmaciones que recoge la Ley de Bases de Sanidad y con las que también formulara anteriormente la base primera de la ley de Coordinación Sanitaria de 11 de julio de 1934. Ahora bien, todas estas declaraciones, ¿implican ciertamente la asunción directa de aquella titularidad por parte del Estado?

Por otra parte, como estadio previo de la estructuración que se establece, se afirma la indiscutible evidencia de la función social de la propiedad (78), que justifica y conlleva al mismo tiempo las intervenciones cada vez más numerosas del Estado, exigidas por un orden más perfecto en el equilibrio social, intervenciones que, como ha señalado VILLAR PALASÍ, de forma tan radical han alterado las categorías administrativas tradicionales, para confirmar, por ejemplo, la figura de la concesión industrial «como traslación del Patrimonio y de la función del Estado», traslación que por su parte cae y se concreta en el tipo legal de concesión administrativa.

---

en lo que se relaciona con el derecho transitorio del régimen preunitario encuentran todavía aplicación. Por lo demás, como texto fundamental, el T. U. de la ley sanitaria de 27 de julio de 1934, núm. 1265, y el Reglamento de 30 de septiembre de 1938, número 1706. Vid., en relación a estos problemas, CATALDI, *Il conferimento*, cit., 17 y ss.; sobre la referencia histórica, además de este autor y de los cit. en nota 4, especialmente VITTA, *Sanità*, cit., IV, 2, 775.

(75) Vid., VILLAR PALASÍ, ops. cit. *supra* en nota 73.

(76) CATALDI, *Il conferimento*, cit., 8.

(77) Vid., art. 1.º de la Ley de 24 de noviembre de 1938. En relación con la de Bases de Sanidad de 25 de noviembre de 1944, a la que a continuación nos referimos en el texto, vid., la base única del título preliminar. Referida a la primera de las normas citadas, expresamente la sentencia de 7 de junio de 1943 va a justificar —vid., seguidamente en el texto— una intervención administrativa en materia industrial no por ninguna titularidad, sino por la función a desempeñar por la Administración.

(78) CATALDI, *Il conferimento*, cit., 7 y ss.; VILLAR PALASÍ, *Administración*, cit., 72 y ss.; *Concesiones*, cit., 693 y ss.

Tales concesiones se encuadrarían, por tanto, dentro de la clasificación tradicional de estas últimas, en las traslativas, que es la misma categoría en la que CATALDI (79) sitúa a las concesiones farmacéuticas. La realidad evidente que establece un número limitado en cuanto a la posibilidad del ejercicio farmacéutico, que impide la efectividad de tal profesión, es lo que desde las consideraciones anteriores induce también a pensar que acaso pueda tratarse de una concesión (80). Y todavía puede evidenciarse más este planteamiento, si consideramos como a través de las disposiciones sobre el ejercicio farmacéutico no se trata sólo de tutelar la salud pública contra eventuales peligros, función específica de la policía (81), sino que el Estado interviene directamente, mediante la distribución que establece, para fomentar del modo que mejor estima conveniente la salud pública, al mismo tiempo que evitando la posible concurrencia entre determinados establecimientos, garantiza a la población el suministro de productos farmacéuticos.

Frente a este planteamiento, creemos que se trata de una verdadera y propia autorización. Y ello, por varias razones. Primero: el principio general de la titularidad para el ejercicio de las profesiones liberales, poseyendo el título correspondiente, parece evidente deducirse de nuestra legislación. Así ha sido recogido también por la jurisprudencia (82). Tanto la Ley de Instrucción pública como la propia Ordenación Universitaria, así como el propio Decreto de 7 de julio de 1944, rectificado por Orden del Ministerio de Educación Nacional de 10 de agosto de 1944 sobre la ordenación específica de la Facultad de Farmacia (83) insisten, afirmando principios generales, que los títulos universitarios facultan para el ejercicio de la profesión libre. Y tales textos usan expresiones del todo análogas, tanto antes como después del Decreto limitativo de 1941. Con el mismo significado, también las leyes y normas específicamente sanitarias han

(79) CATALDI, *Il conferimento*, cit., 30.

(80) VILLAR PALASI, *Concesiones*, cit., 694.

(81) CATALDI, *Il conferimento*, cit. 19.

(82) La sentencia de 11 de junio de 1956, ponente CORDERO TORRES, señala «cómo la limitación numérica de farmacias constituye una restricción al principio general del libre ejercicio de las profesiones facultativas liberales, cuando se posee el correspondiente título..., sin perjuicio de los requisitos accesorios de colegiación, licencia local y tributación». Igualmente la de 11 de noviembre de 1956.

(83) Víd., art. 25 de la Ley de Instrucción pública de 9 de septiembre de 1857; artículo 2.º, párrafo b), de la de 29 de julio de 1943, y el art. 5.º del Decreto de 7 de julio de 1944.

configurado tal acto administrativo como autorización, igualmente tanto antes como después de 1941. Así, por ejemplo, es la propia Ley de Bases de Sanidad (84) la que taxativamente, al referirse al ejercicio libre de la farmacia, configura el acto en cuestión como una verdadera autorización. Segundo: el que por los actos administrativos que permiten el ejercicio de la profesión farmacéutica, la Administración asuma una función directamente operativa, no simplemente de confrontación colateral, para nada desvirtúa, como hemos visto, la consideración que tales actos pueden ofrecer como autorizaciones administrativas. Tercero: tampoco se opone a esta construcción el que la Administración pública haya predeterminado sobre la base del «*numerus clausus*» el número de establecimientos posibles. Cabe perfectamente que asumiendo la Administración una función directamente operativa por medio de autorizaciones, limite el número de estas últimas. En Italia, en el caso concreto del ejercicio de la profesión farmacéutica hay un evidente monopolio directo por parte del Estado, consecuencia a su vez de su reglamentación histórica: CATALDI (85) nos dirá textualmente, que la ley sobre las farmacias ha sido una de las primeras leyes que ha nacionalizado una actividad económica. El sistema español es distinto; más aún, es del todo inverso: se trata del ejercicio de una profesión libre para el que se requiere, y tradicionalmente se ha requerido, autorización. Lo que ocurre es que desde un momento determinado Decreto de 1941—, tales autorizaciones van a limitarse. Cuarto: la existencia de la concesión, repetimos, implica necesariamente la existencia de una *titularidad* exclusiva por parte de la Administración del derecho que el administrado —concesionario— va a ejercer. Y este fenómeno no se da en el supuesto a que nos referimos en relación con el derecho español. Los textos legales que hemos recogido en relación con la Industria y la Sanidad, parece que ofrecen, más que la asunción de una titularidad por parte de la Administración pública, la simple enunciación programática de unas declaraciones de principios que, por otra parte, van referidas no tanto a asumir un derecho, cuanto a justificar una función particular del Estado en concreto en materia sanitaria: «*incumbe al Estado* —nos dirá la Ley de Bases de Sa-

(84) Por ejemplo, la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, aunque no ayude ciertamente a ello ni la confusión ni la escasa propiedad con que con frecuencia se usan tales términos: así, por ejemplo, en la base 16, refiriéndose a los laboratorios, señala que necesitarán de una concesión para que puedan ser instalados, y de autorizaciones para elaborar y vender sus productos.

(85) CATALDI, *Il conferimento*, cit., 18. Vid., *supra*, nota 74.

nidad nacional—el ejercicio de la función pública de Sanidad». Quinto: siguiendo esta misma argumentación, creemos que no es necesario fundamentar en la titularidad de un derecho —«traslación del patrimonio y de la función del Estado»—, la posibilidad de una configuración social de la gestión administrativa. Este último fenómeno de la intervención administrativa, lo justifican quienes defienden la configuración concesional, mediante una asunción de titularidad de forma que la esfera de estas últimas atribuida al Estado queda ampliada para concretarse posteriormente con frecuencia en un tipo concesional. En nuestra opinión, la intervención administrativa, por muy creciente que sea, no necesita basarse en la titularidad de un derecho; aquélla se justifica dentro de sus límites, sin que haya necesidad de atribuir al Estado esta última, por la función y por el fin que el propio Estado históricamente ha de realizar. Explicar y razonar tal inmisión en razón de la titularidad —imprescindible, repetimos, para que se dé la concesión y el correspondiente traspaso que ésta implica—, puede suponer, incluso una regresión evidente que nos lleve a una configuración patrimonialista del Estado y en la que la actuación de éste se justifique, como ya en otro sentido hiciera HALLER, por una necesaria titularidad jurídica y no por una función a realizar. Sexto: Pudiera estimarse que el argumento de la titularidad, que ciertamente tampoco sería referible en origen a algunas concesiones tradicionalmente consideradas como tales, fuera insuficiente. Pues bien: atendiendo a la propia sustantividad del régimen establecido en relación con el acto administrativo que estudiamos, por encima incluso del propio enunciado terminológico, aquél se enmarca dentro de la autorización. Autorización, hemos visto, un tanto particular, y en relación con la cual no vamos a negar cómo esta figura, referida con su desarrollo tradicional, aparece un tanto alterada con matices que son incluso peculiares de la concesión (86). Pese a ello y admitiendo la particularidad de tal figura, creemos se encuadra dentro de la autorización.

---

(86) Nos referimos en concreto, a la caducidad por incumplimiento, aspecto típicamente concesional y que de forma clara prevé el párrafo 2 del art. 3.º del Decreto de 31 de mayo de 1957.

IV.—EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN FARMACÉUTICA IMPLICA SUSTANCIALMENTE EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PRIVADA.

Las observaciones un tanto críticas que a lo largo de este trabajo hemos formulado, en modo alguno pretenden ser juicios de valor, sino tan sólo de hecho: es decir, nuestra posición sobre la reglamentación positiva la establecemos fundamentalmente desde la perspectiva que la posible conveniencia u oportunidad de la misma proporciona en concreto. Que a nadie se le oculta la posibilidad y conveniencia en abstracto, de un posible régimen de cercenamiento a la actividad privada tanto en el campo profesional como en el económico-mercantil. Afirmado esto, queda por referir finalmente el posible encuadramiento de esta gestión profesional realizada por los particulares, considerada bajo el prisma de su enmarcación dentro de las distintas actividades, públicas o privadas.

Por lo que hemos visto, es evidente que no puede configurarse un encuadramiento de tal gestión como servicio público —a pesar de lo que apunta el Decreto de 1957—, cualquiera que, por otra parte, sea la acepción que de éste asumamos como determinante. Que no hay duda que la gestión farmacéutica no encuadra ni en la originaria elaboración que HAU-RIOU formulara del concepto de servicio público, ni en las más amplias y recientes estructuraciones que el mismo ha recibido. Con mayor abundamiento desde la perspectiva que asumimos, las mismas argumentaciones que llevan a VILLAR PALASÍ (87) a no encuadrar en él las actividades industriales, son válidas para nuestro caso. Ni en Francia siquiera, donde, como es conocido, es manifiesta la crisis de aquel concepto en un sentido de crecimiento, ha podido sistematizarse entre los servicios públicos. Bien es cierto que las recientes Ordenanzas francesas profesionales (88) —la de farmacéuticos de 5 de mayo de 1945—, así como las decisiones del Consejo de Estado después del *arrêt Bougen*, hablan de establecimientos de utilidad pública refiriéndose a los colegios profesionales, y señalan el carácter de servicio público de tales actividades. Sin embargo, éste es otro proble-

(87) VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial*, cit. 73 y ss.

(88) En relación con el derecho francés, vid., una exposición fundamentalmente jurisprudencial en LAET VEAUX, *Les divers ordres professionnels*, en «Juris classeur administratif», 146, 1, así como una síntesis de estos problemas en DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1953, 646 y ss., y la bibliografía cit. por estos dos autores.

ma: una cosa es la actividad y función que tales colegios pueden desempeñar dentro del encuadramiento orgánico del Estado, y a los que generalmente es aplicable el carácter de personas públicas (89), y otra muy distinta es la concreta y específica actividad que los profesionales en concreto realizan. Aparte, de que la propia configuración de la gestión de los colegios profesionales como servicios públicos, ha tenido que tipificarse *a posteriori* con multitud de notas excepcionales, precisamente también junto a los servicios económicos, para constituir una categoría indiscutiblemente distinta, configurada específicamente ya como servicio impropio, ya como servicio corporativo. Sin embargo, a la gestión farmacéutica realizada por un particular, la jurisprudencia francesa la ha configurado como verdadera actividad privada, para la que se precisa autorización (90).

La actividad que analizamos no puede tampoco encuadrarse dentro del ejercicio privado de funciones y servicios públicos. Que, por otra parte, de esta última figura podemos señalar cómo existe una verdadera inflación. El Estado es cierto que asume una función amplia; si desde ella determinamos lo público según el criterio *exclusivo* del fin, como hace buena parte de la doctrina italiana (91), nos encontramos, al determinar actividades privadas entitativamente coincidentes con la específicamente pública, con que buen número de ellas habría que configurarlas como gestión de servicios y funciones públicas. Sin embargo, no es así; para que de esta figura pueda hablarse es necesaria, por el contrario, la existencia de una titularidad directa por parte del Estado en el caso concreto y que se trate además de una propia función o de un específico servicio público (92). De otra forma que prácticamente toda la actividad privada podría constituir ejercicio privado de funciones públicas.

Por el contrario, la actividad que los profesionales farmacéuticos reali-

(89) Sobre este punto concreto en el derecho positivo español: Por todos, JORDANA DE POZAS, *Las Corporaciones*, cit., 30 y ss., y BOQUERA, *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*, en esta REVISTA, 18, 149 y ss.

(90) Por todos, el *arrêt* Société de Secours Minière d'Auchel de 14 de octubre de 1957, así como las conclusiones del Comisario del Gobierno Jouvin, en relación con el art. 37 de la Ley de 11 de septiembre de 1941, relativo también a la limitación numérica de las farmacias y a la autorización necesaria para su apertura: referencia tomada de «Le Figaro» de 17 de octubre de 1957.

(91) Por todos, ZANOBINI, *Corso*, cit., 124 y ss.; LESSONA, *Introduzione al Diritto amministrativo e suoi principi*, Firenze, 1952, 28 y ss.

(92) CAPACCIOLI, *Le gestione*, cit., 8 y ss., así como la abundante bibliografía recogida por este autor.

zan, creemos constituye una actividad sustancialmente privada, como la de cualquier otro profesional, aunque por su propia importancia y su peculiar trascendencia aparezca sometida a un máximo control de la Administración pública, y que se justifica precisamente en razón de los fines y funciones de esta última. Acaso pueda estructurarse tal actividad en una valoración axiológica, no positiva, como una actividad de interés colectivo. En tal caso, habría que entender a éste como un estadio distinto del interés público y del simple interés privado. La mayor relevancia que el fin colectivo ofrece del simplemente particular, sintetiza y explica la propia posición de la Administración. Aquella actividad que, considerada aislada y sustantivamente, no pasa de ser privada, pudiera, sin duda alguna, encuadrarse, dada su especialidad —como, por otra parte, ya se ha hecho (93)—, en razón de sus efectos, no de su propia entidad, entre las que se agrupan en los llamados «ordenamientos seccionales». Es preciso, sin embargo, considerar a estos últimos bajo la perspectiva de un interés colectivo, no público (94). Que este carácter *per se* creemos es ajeno en su totalidad al ejercicio privado de tal gestión profesional en una oficina de Farmacia.

(93) GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Milano, 1950, 171, y directamente también GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos*, cit., 26 y ss.

(94) Aun adhiriéndonos sustancialmente a la formulación de GIANNINI y GARCÍA-TREVIJANO, vid., ops. cit. nota anterior, preferimos, siguiendo a LESSONA, *Introduzione*, cit., 28, calificar a estos ordenamientos seccionales con el interés colectivo más que interés público, como hacen los dos autores anteriores, para evitar de esta forma posibles confusiones, y diferenciarlo, por lo tanto, del interés público típico, que es el que el Estado asume directamente su titularidad, y que no es precisamente la de los ordenamientos seccionales, «de cuyos servicios —señala el propio GIANNINI— no son titulares el Estado u otros entes públicos, pues más que de ellos, se trata de actividad propia de sujetos institucionalmente no públicos, sino privados».