

I. ESPAÑA

LA APERTURA DE FARMACIAS PARA QUE QUEDEN MEJOR ATENDIDOS NUCLEOS DE POBLACION DE DOS MIL HABITANTES

SUMARIO I. NOCIONES GENERALES.—II. REQUISITOS: A) Requisitos subjetivos: 1. Organismo administrativo. 2. Interesados. B) Requisitos objetivos: 1. Requisitos generales. 2. Requisitos especiales. C) Requisitos de la actividad: 1. Lugar. 2. Tiempo. 3. Forma.—III. PROCEDIMIENTO: A) Iniciación. B) Desarrollo: 1. Ante el Colegio Oficial de Farmacéuticos. 2. Ante la Jefatura Provincial de Sanidad. 3. Ante la Dirección General de Sanidad. C) Terminación: 1. Terminación normal. 2. Silencio administrativo. 3. Terminación anormal.—IV. EFECTOS: A) Efectos jurídico-materiales: 1. Resolución desestimatoria. 2. Resolución estimatoria. B) Efectos jurídico-procesales.

I. NOCIONES GENERALES.

1. El artículo 5.º del Decreto de 31 de mayo de 1957 regula una serie de supuestos especiales en los que no se aplican las limitaciones del artículo 1.º del mismo; son supuestos de excepción, sometidos a un régimen específico, claramente diferenciado del ordinario. Uno de estos supuestos es la autorización de apertura de farmacia con objeto de mejor abastecer núcleos de población de, al menos, 2.000 habitantes (artículo 5.º, párrafo 1, apartado b), D. 1957).

2. La redacción de la norma aplicable ha sufrido una importante innovación.

a) En su redacción primitiva, el artículo 5.º, párrafo 1, apartado b), decía: «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 artículo 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.»

b) Por Decreto de 1 de diciembre de 1960 se modificó el precepto, que quedó redactado en la forma siguiente: «Apertura de nuevas farmacias en los Municipios de población inferior a cincuenta mil habitantes o incluidos en su régimen peculiar, cuando la nueva farmacia

esté a distancia no inferior a quinientos metros de la más cercana de las ya establecidas y quede con su instalación más satisfactoriamente atendido, por su proximidad o mayores facilidades de comunicación, un núcleo de la localidad de que se trate que agrupe, al menos, dos mil habitantes.»

Una sentencia de 29 de febrero de 1964, refiriéndose a esta ordenación, establece: «Que centrada ya debidamente la *litis* motivo de examen, sin más preocupaciones de naturaleza procesal, el fondo de la misma tiene la sencillez propia de todos aquellos casos en los que la comprensión de los hechos tiene que ir armónicamente subordinada a la intención del legislador que los regula al compás del interés público como ingrediente preciso de toda la Administración del Estado, cual sucede en estas normas sobre apertura de nuevas farmacias, en las que si bien éstas constituyen una actividad privada respetable, no se puede olvidar que la misma se ejerce en el seno de una comunidad de personas enfermas, necesitadas como tales de la farmacopea que aquéllas deben suministrar con circunstancias de proximidad, urgencia y comodidad para el público consumidor, no de artículos de lujo o de recreo, sino de remedios indispensables para sus males. Que por el camino de lo expuesto y con rango de legalidad vigente, se halla el Decreto de 1 de diciembre de 1960, dictado para reformar el apartado b) del artículo 5.º del anterior Decreto de 31 de mayo de 1957, cuya Exposición de Motivos es altamente sustanciosa sobre el particular, pues declarado que trata de enmendar equívocos o interpretaciones en exceso restrictivas del Decreto anterior, sienta como base de la reforma «el lugar preferente que debe ocupar el beneficio social que supone la posibilidad de atender, con carácter primordial, el suministro de medicamentos al mayor número de personas en el menor espacio de tiempo, ya que, en general y especialmente, las clases más necesitadas acuden a la farmacia con carácter de urgencia, y para ello resulta necesario la proximidad de las farmacias a los domicilios de todos los vecinos». No menos elocuente es el texto legal del apartado reformado, cuando faculta la «apertura de nuevas farmacias en los Municipios de población inferior a 50.000 habitantes e incluidos en su régimen peculiar, cuando la nueva farmacia esté a distancia no inferior a 500 metros de la más cercana a las ya establecidas y quede con su instalación más satisfactoriamente atendido, por su proximidad o mayores facilidades de comunicación, un núcleo de la localidad de que se trate que agrupe, al menos, 2.000 habitantes». Que con la letra y sentido expuestos, estando el caso de autos afectado de la esencial discrepancia del supuesto fáctico del número de habitantes que puedan computarse dentro del núcleo de influencia de la nueva farmacia propuesta para la localidad de Osuna, desde el emplazamiento que se le asigna en la calle Queipo de Llano, número 108; es visto que existe en el expediente suficiente prueba de que tal número de beneficiarios rebasa la cifra tope de los 2.000 habitantes dichos, pues si bien hubo de parte del Ayuntamiento de la localidad referida un primer criterio algo fluctuante en la determinación del número de calles y partes de éstas que son componentes del núcleo afectado, en prueba de mejor proveer

el recurso de reposición resuelto por la Administración, ya define concretamente el Ayuntamiento dicho, con referencia a una certificación aportada de 2.400 habitantes, «que si la afectación se entiende en el sentido de comodidad para los habitantes de las calles que la certificación comprende, por estar la nueva oficina de farmacia más próxima que las actuales existentes, efectivamente las calles indicadas se verían afectadas por la nueva instalación, salvo el principio de la calle Queipo de Llano y la calle de Jesús»; mas como esta última tiene tan sólo siete vecinos, y el principio de la calle Queipo de Llano dista 108 metros del lugar señalado para la nueva farmacia, es claro que la cantidad de habitantes a deducir de la cifra reconocida de 2.400, no puede hacer bajar ésta más allá del tope legal de permisión.»

3. Se ha planteado el problema de la naturaleza de la actividad ejercida por la Administración en estos casos. Alguna decisión jurisprudencial se ha referido al carácter discrecional de la facultad. Así, incidentalmente, la sentencia de 9 de abril de 1959, después de proclamar la imposibilidad de autorizar la apertura de farmacias cuando está cubierto el cupo previsto en el Decreto de 1957, dice: «Sin perjuicio de utilizar en determinados sectores de dicha población la facultad discrecional que al Ministerio se concede en el artículo 5.º, letra b).» En sentido análogo se pronuncia la sentencia de 13 de junio de 1959. Y la de 22 de septiembre de 1959 sentó la siguiente doctrina: «Que para la justa resolución del caso planteado en este recurso es preciso tener en cuenta que el artículo 5.º del Decreto de 31 de mayo de 1957, uno de cuyos números y apartados sirve precisamente de base a la Orden impugnada, regula situaciones extraordinarias y de excepción, no comprendidas en el artículo 1.º de la propia disposición normativa de los casos regulares y ordinarios, casos aquéllos en los que si bien no pueden ser radicalmente inobservadas las condiciones o requisitos que en los mismos se previenen, si es de estimar atribuída a la autoridad ministerial una facultad, también excepcional, para interpretar la concurrencia o no de aquellas condiciones, en atención a la conservación de los fines perseguidos por los indicados casos, comprendidos en el repetido artículo 5.º, en forma, naturalmente, que sin menoscabo del respeto a los derechos de los profesionales a que el Decreto afecta, se atienda también al interés general, que por afectar en este caso un asunto tan importante como el de la salud, ha de tener inexcusable atención y preeminencia. Que en el caso a que este recurso se refiere, aunque sea cierto que, con arreglo al padrón municipal, los vecinos que formó el núcleo urbano del Barrio de la Estación, no alcance el número de 2.000, no lo es menos que, sin que pueda precisarse matemáticamente, más de 700 personas, según informe de la Alcaldía de Cercedilla, pasan dos o más días, durante todos los festivos del año, incrementándose los residentes en el expresado Barrio durante los meses de verano hasta más de 5.000 personas, por lo que es de establecer que, aunque no exista continuidad en las cifras de población, con carácter periódico y normal, registra el repetido núcleo urbano un aumento que rebasa, con mucho exceso, los 2.000 habitantes exigidos por la disposición tantas veces mencionada, y

esto sentado armónicamente con el criterio antes consignado, es de establecer procedió con acierto la Orden impugnada, al interpretar la norma invocada en sentido acomodado a la realidad y tomar en consideración el promedio de habitantes del Barrio de la Estación a lo largo del año, con distribución del incremento de población que corresponde a la época veraniega, fines de semana y días festivos entre todos los meses, cuyo cómputo, unido a la población resultante del padrón municipal, constituyen la que realmente integra aquel Barrio.»

La doctrina, al referirse a la modificación introducida por el Decreto de 1 de diciembre de 1960, destaca cómo se han acentuado los criterios subjetivos, de tal modo que es necesario reconocer que «si la concesión misma de la licencia no puede ser aún calificada de discrecional para la Administración, si lo es, cuando menos, la apreciación de la concurrencia de uno de los elementos necesarios para el otorgamiento» (1).

Este carácter discrecional se predica respecto de la apreciación de las siguientes circunstancias: que «quede con su instalación (de la nueva farmacia) más satisfactoriamente atendido por su proximidad o mayores facilidades de comunicación, un núcleo de la localidad de que se trate».

Más es lo cierto que estamos en presencia de actividad típicamente reglamentaria, tanto según la regulación anterior como la posterior al Decreto de 1 de diciembre de 1960. Como afirmó la sentencia de 23 de septiembre de 1960, «del examen de lo dispuesto en el artículo 5.º del aludido Decreto regulador de la apertura de nuevas farmacias, se deduce con toda claridad que en el caso de excepción, para que pueda prosperar la petición de concesión de nueva farmacia en los Municipios en que esté cubierto el cupo, por el número de habitantes, tienen que resultar acreditados los siguientes requisitos, de indispensable observancia: primero, que por diseminación o crecimiento de población existan agrupaciones urbanas con más de 2.000 habitantes, y segundo, que la nueva farmacia guarde una distancia no inferior a 500 metros de la más próxima; y en la tramitación y resolución de los expedientes se requiere el cumplimiento de ciertos preceptos, como son los informes del Colegio Oficial de Farmacéuticos, del Inspector Provincial de Farmacia, del Jefe Provincial de Sanidad y la propuesta de la Dirección General de Sanidad, y decidirá el Ministro de la Gobernación». Y esta calificación de la potestad ejercitada puede aplicarse también después del Decreto de 1 de diciembre de 1960, en cuanto que para que la autorización se ajuste al Ordenamiento es necesario que se den aquellos supuestos de hecho, concretamente que con la instalación de la farmacia un núcleo de población quede más satisfactoriamente atendido. Y esta circunstancia de quedar más satisfactoriamente atendido se concreta y se fija en la norma en función de dos circunstancias: proximidad y mayores facilidades de comunicación.

(1) En este sentido, POU VIVER, en *La apertura de farmacia y su tratamiento jurisdiccional*, en RICat, septiembre-diciembre 1962. Cfr. págs. 21-22 de separata.

4. Aun cuando el precepto reglamentario habla de «apertura de nueva farmacia», no ofrece duda que puede aplicarse el procedimiento a los supuestos de traslado. No a los de traslado forzoso —que regula el apartado a) del propio artículo—, sino a los de traslado ordinario, desde el momento que el régimen de autorización por traslado es el mismo que para la apertura (verbigracia, sentencia de 9 de abril de 1959).

5. El fundamento de este supuesto especial de apertura ha quedado perfilado en el propio preámbulo del Decreto de 1 de diciembre de 1960 y en la jurisprudencia. Si el fin perseguido por la ordenación de la apertura de farmacias es siempre la de procurar que las personas necesitadas puedan tener a su alcance el suministro de los medicamentos necesarios, «con circunstancias de proximidad, urgencia y comodidad» (cfr. tercer Considerando de la sentencia de 29 de febrero de 1964), cuando esta finalidad no se logra por aplicación del régimen general, en atención a las peculiares características del término municipal, deben arbitrarse los medios necesarios para que no quiebre la razón de ser del sistema de limitaciones que la ordenación de la apertura de farmacias supone.

De aquí que, aun cuando se reconozca su carácter excepcional, el mismo queda atenuado por el carácter asimismo excepcional que el sistema general de limitaciones supone. En este sentido, la sentencia de 29 de febrero de 1964, en su primer Considerando, señala: «Que planteada la *litis* que se examina en base de hechos que reclaman la adecuada aplicación del párrafo b) del artículo 5.º del Decreto de 31 de mayo de 1957, modificado por el también Decreto de 1 de diciembre de 1960, ambos sobre establecimiento de una nueva farmacia por razones de influencia de irradiación en un núcleo urbano no menor de 2.000 habitantes, tiene, efectivamente, el caso que se contempla, conforme alega la representación de la Administración, el carácter de excepción, dentro de las demás reglas que pudiéramos llamar generales contenidas en la actual normativa sobre instalación de nuevas farmacias, aunque todas estas normas de por sí son también reglas convencionales de naturaleza excepcional, pues lo general sería que, al igual que las demás profesiones o licenciaturas universitarias, fuera la de farmacia una de tantas profesiones libres, con lo que quiere expresarse que la llamada excepción en este caso se manifiesta, en efecto, dentro del preceptuado general del Decreto dicho de 31 de mayo de 1957».

Y la sentencia de 4 de febrero de 1963, después de recoger el preámbulo del Decreto de 1960, afirma: «que sanamente influenciados por el anterior propósito del legislador, el texto positivo del precepto reformado aparece ya de una clara aplicación a todo núcleo de localidad que agrupe, al menos, 2.000 habitantes, siempre que se den por satisfechas las demás exigencias de distancia no inferior a 500 metros de la farmacia más próxima de las ya establecidas y se trate de un Municipio de población inferior a 50.000 habitantes»

II. REQUISITOS.

A) *Requisitos subjetivos.*

1. *Organo administrativo.*

Al igual que el supuesto de traslado forzoso de farmacias —a que se refiere el apartado a) del párrafo 1 del artículo 5.º del Decreto de 1957—, el de autorización de apertura de farmacias para mejor abastecer a un núcleo de población de 2.000 habitantes —a que se refiere el apartado b) del mismo artículo y párrafo— se somete a un régimen especial de competencia.

La decisión del procedimiento no corresponde a los órganos a los que se atribuye la competencia en el procedimiento ordinario —artículo 2.º del Decreto de 1957—, sino al Ministerio de la Gobernación —artículo 5.º, *in limine*, del Decreto de 1957—, si bien intervienen en el procedimiento el Colegio de Farmacéuticos, el Jefe Provincial de Sanidad y la Dirección General de Sanidad, «como garantía de los derechos de los profesionales ya establecidos, a fin de que se tengan en cuenta sus necesidades y las del servicio público» (sentencia de 4 de noviembre de 1959).

Ahora bien, a pesar de esta competencia incuestionable del Ministerio de la Gobernación, una sentencia de 4 de febrero de 1963, en aplicación de elementales principios de economía procesal, ha sentado la siguiente doctrina: «Si bien la tramitación del expediente no se ha realizado totalmente ajustada al prevenido que para estos casos excepcionales establece el número 2.º del mencionado artículo 5.º, ya que ha resuelto en primera instancia el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Albacete, cuando reglamentariamente debió limitarse a tramitarlo y remitirlo con su informe al Jefe Provincial de Sanidad, quien con dictamen del Inspector Provincial y posterior elevación al Ministerio de la Gobernación, procedía que lo dejara ultimado para la única resolución ministerial que en este caso cabe dar a la petición de apertura; como en definitiva todas las informaciones previas constan realizadas en el expediente, aunque han sido aportadas a requerimientos del propio Ministerio, y las partes interesadas han podido ejercitar ampliamente sus acciones respectivas, sin posibilidad, por tanto, de ningún género de indefensión, que, en otro caso, pudiera haber determinado nulidad de actuaciones; es visto que cabe entrar de lleno en el fondo de la cuestión debatida, la que, conforme se ha puntualizado, debe apoyarse en la concurrencia debida para hacer nacer la excepción del mencionado artículo 5.º, apartado b), en la nueva redacción conferida por el Decreto de 1 de diciembre de 1960».

2. *Interesados.*

a) El procedimiento que tenga por objeto la autorización de apertura al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), se incoará «a petición de los interesados». Así lo dispone el ar-

título 5.º, párrafo 2.º, del Decreto de 1957. Estará legitimado, por tanto, el farmacéutico que desee abrir una farmacia alegando que concurren los supuestos del precepto citado. Sobre capacidad y representación se aplicarán las reglas generales.

b) Estarán legitimados para comparecer en el procedimiento, a fin de oponerse a la autorización solicitada, «los farmacéuticos establecidos en lugares próximos al local en que se intente instalar la farmacia». La regla contenida en el artículo 2.º del Decreto de 1957 es aplicable a estos procedimientos especiales.

B) *Requisitos objetivos.*

1. *Requisitos generales.*

En el supuesto especial que contempla el artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), del Decreto de 1957, no se exigen los requisitos generales del artículo 1.º, párrafo 1.º, de dicho Decreto. Pero —entiéndase bien— la aplicación de los requisitos generales queda limitada a los requisitos del artículo 1.º, párrafo 1.º, que termina con la siguiente frase: «... salvo lo dispuesto en el artículo 5.º».

El artículo 5.º, párrafo 1.º, *in limine*, dice: «Quedan exceptuados de lo dispuesto en el artículo 1.º...». Ahora bien, el párrafo de este artículo que es incompatible con el supuesto excepcional es su párrafo 1.º, del que son complementarios los restantes. Ahora bien, la norma que se contiene en el párrafo 4.º —sobre cómputo de habitantes del término municipal— es perfectamente aplicable a uno y otro supuesto.

Así limitada la excepcionalidad del supuesto del artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), es incuestionable que serán aplicables los demás requisitos objetivos generales. Todas las circunstancias exigidas por el Decreto de 1957 para que pueda autorizarse la apertura de una farmacia que no estén incluidas en su artículo 1.º, son aplicables a este procedimiento especial. Y así lo ha entendido la jurisprudencia. Por ejemplo, la sentencia de 29 de febrero de 1964 considera que son aplicables las normas que exigen que el local en que pretenda instalarse la farmacia esté construido y en condiciones de ocuparse (cfr. sexto Considerando).

2. *Requisitos especiales.*

Ahora bien, si no se exigen los requisitos generales del artículo 1.º, párrafo 1.º, del Decreto de 1957, el artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), exige otros, que son de inexcusable cumplimiento para poder conceder la autorización de apertura:

a) *Que se trate de Municipios de población inferior a 50.000 habitantes.*

En realidad, más que un requisito, es la circunstancia previa que da razón de ser al precepto especial. Porque, en efecto, si se trata de eludir el requisito general del artículo 1.º sobre cupo de farmacias, sólo

tendrá sentido respecto de Municipios en que juegue aquel requisito. En efecto:

a') El artículo 1.º del Decreto de 1957 distingue dos grupos de Municipios: los de menos de 50.000 habitantes y los de 50.000 o más habitantes. En estos últimos —de 50.000 o más habitantes— se exige únicamente el requisito de la distancia para abrir una farmacia, pero no la limitación impuesta en razón al número de farmacias por habitantes.

b') El artículo 1.º, párrafo 1.º, *in fine*, sólo aplica la limitación del número de farmacias a los Municipios de menos de 50.000 habitantes, al decir: «en este grupo el cupo total de las farmacias establecidas para el servicio público no podrá exceder de una por cada 4.000 habitantes o fracción superior a 1.000, salvo lo dispuesto en el artículo 5.º».

c') Como el supuesto especial del apartado b) del párrafo 1.º del artículo 5.º parte de que la nueva farmacia esté a distancia no inferior de 500 metros de la más próxima —superior a la más alta del artículo 1.º—, es obvio que sólo tiene sentido respecto de Municipios de población inferior a 50.000 habitantes, ya que en los demás, sin acudir a este procedimiento especial, la autorización de apertura sería incuestionable, incluso con distancia inferior a la que prevé el apartado 2.º del párrafo 1.º del artículo 5.º del Decreto.

d') Ahora bien, como el límite se da, no sólo en los Municipios de menos de 50.000 habitantes —para cuyo cómputo se aplicará el párrafo 4.º del artículo 1.º del Decreto de 1957—, sino a los sometidos a igual régimen, según el artículo 7.º, es incuestionable que respecto de todos ellos podrá solicitarse la apertura de una farmacia, a tenor del artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), del Decreto de 1957.

b) *Que la nueva farmacia esté a distancia no inferior a 500 metros de la más cercana de las ya establecidas.*

Para que pueda autorizarse la apertura de una farmacia, con arreglo a este procedimiento especial, es requisito esencial que entre la nueva farmacia y la más cercana de las existentes exista una distancia muy superior a la que se exige en el procedimiento normal: 500 ó más metros. Así, las sentencias de 29 de febrero y 12 de mayo de 1964.

Para el cómputo de esta distancia parece incuestionable la aplicación de las normas generales del Decreto de 1957. No son aplicables las normas generales sobre distancias mínimas exigidas, pero sí las referentes a medición.

c) *Que con la instalación de la nueva farmacia quede más satisfactoriamente atendido, por su proximidad o mayores facilidades de comunicación, un núcleo de población de la localidad de que se trate que agrupe, al menos, 2.000 habitantes.*

Sobre este requisito específico ha recaído la casi totalidad de la jurisprudencia dictada sobre el precepto.

Únicamente es procedente la autorización de la farmacia, según el artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), del Decreto de 1957, cuando concurran las circunstancias siguientes:

a) *Que quede más satisfactoriamente atendido un núcleo de población de, al menos, 2.000 habitantes.*

La instalación de la nueva farmacia ha de suponer, pues, un mejor servicio a un núcleo de, al menos, 2.000 habitantes.

Ahora bien, no es necesario que esos 2.000 habitantes formen un sector de población aislado. Como afirma la sentencia de 19 de enero de 1960, «si bien es cierto no existe en el caso de autos, como sostiene el recurso, ningún sector de población que aisladamente forme una reunión de casas apiñadas o constituya una agrupación urbana diferenciada que hubiese nacido por crecimiento o diseminación, no es menos exacto que el poblado se ha ido extendiendo alargadamente en ambas vertientes del río, y que el artículo 5.º, apartado b), no precisa solución de continuidad, diferenciación o aislamiento entre grupos de población, pues lo que exige es tan sólo que se formen por crecimiento, sin necesidad de separación o de distancias, tenidas en cuenta nada más que entre las farmacias, al ordenar haya entre ellas un mínimo de 500 metros. Que los certificados expedidos por el Ayuntamiento, en cuanto se refieren a la pretendida diferenciación de los dos núcleos existentes, se limita a consignar no constituyen entidades urbanas distintas ni con existencia legal diferente, lo cual no contradice el hecho de haberse producido el indispensable crecimiento para que la norma opere, que, como antes se ha dicho, no impone el requisito de propia substantividad o delimitación, y como, por otra parte, aparece acreditado por el Distrito Uno, llamado vulgarmente Sardañola de Dalt, consta de 2.092 habitantes de derecho y 3.016 de hecho, en lo que el certificado llama «compuesto de los núcleos denominados oficialmente Casco, Montflorit, Bellaterra y Despoblados», con que tal contenido lo desvirtúa el certificado que se presenta con la demanda, pues se expidió respecto a calles sin paridad con el río, que es el verdadero límite, con el otro sector de Sardañola de Baix, es visto que, justificado ese crecimiento urbano en número superior a la norma, resulta ésta aplicada correctamente en la resolución ministerial y en armonía con el designio que la inspira, de atender debidamente las necesidades sanitarias de la población cuando adquiere un crecimiento o diseminación determinado.»

Para el cómputo de los habitantes ha de estarse a lo dispuesto en el padrón municipal. Así, la sentencia de 3 de octubre de 1962 dice: «... el referido apartado b) del artículo 5.º establece de modo preciso, al igual que el Decreto de 1 de diciembre de 1960, el cupo de 2.000 habitantes para permitir la excepción que configura el régimen general de autorizaciones que el artículo 1.º regula, y modulado tan en concreto el requisito del caso particular, no puede sustituirse su efectividad con hipótesis que, susceptibles de conducir al mismo, representan, sin embargo, cosa distinta de la certidumbre de número en que se asienta el precepto reglamentario para que entre en actividad, y que, en consecuencia, no consiente que se soslaye, por lo que semejante exigencia de guarismo ha de probarse que se llena indubitablemente con el informe o certificado de la autoridad local de lo que arroje el padrón municipal, al que

remite el número 4.º del artículo 1.º del Decreto de 31 de mayo de 1957, y que además constituye el documento adverbador oficialmente de los núcleos de población, con arreglo al número 3.º del artículo 5.º de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955...». Otra de 24 de diciembre de 1962 señala: «... los números 1.º y 4.º del artículo 1.º del Decreto de 31 de mayo de 1957, textualmente dicen: el cupo total de las farmacias establecidas no podrá exceder de una por cada 4.000 habitantes o fracción superior a 1.000. Para determinar el número de habitantes servirá de base el padrón municipal con arreglo a la modificación verificada el 31 de diciembre del año inmediato anterior a la fecha de solicitud de apertura, y en él se cifra que resulte más elevada, bien sea la de los habitantes de hecho o la de los de derecho». En consecuencia, queda claro que, a los efectos que interesan, la base legal es el número que arroje el padrón municipal, en su rectificación verificada en 31 de diciembre inmediato anterior a la solicitud, sin que sea óbice para ello el que tal padrón tenga que ser examinado *a posteriori* por la Delegación Provincial de Estadística a los solos fines de comprobar la observancia de las normas técnicas al respecto, pues este examen posterior es totalmente ajeno al requisito inequívocamente establecido por el Decreto mencionado, de que el censo de población está referido al 31 de diciembre de cada año. Es decir, que el número de habitantes es una cuestión de hecho, referida a la fecha dicha del último día del año, sin que la misma pueda sufrir alteración por la circunstancia posterior de que el documento patronal que la refleja tenga como tal documento que ser visado posteriormente por el Instituto de Estadística arregladamente al contenido de los artículos 94 y 108 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de 17 de mayo de 1962. O sea, que una cosa es el hecho del número de habitantes, y otra muy distinta el documento que lo refleja».

En sentencia de 29 de febrero de 1964 se habla, a fin de poder otorgarse la autorización, de que existe prueba suficiente de que tal número de beneficiarios rebasa la cifra tope de los 2.000 habitantes. Y la de 12 de mayo de 1964, de que está justificada «la existencia de un núcleo de población o parroquia... con una población de 2.932 habitantes, según certifica el Secretario del Ayuntamiento, con el visto bueno del Alcalde».

Es de señalar que en algunas sentencias se han tenido en cuenta, a efectos del cómputo, habitantes transitorios. Así, la sentencia de 22 de septiembre de 1959 establece: «Que en el caso a que este recurso se refiere, aunque sea cierto que con arreglo al padrón municipal los vecinos que formó el núcleo urbano del Barrio de la Estación no alcance el número de 2.000, no lo es menos que, sin que pueda precisarse matemáticamente, más de 700 personas, según informe de la Alcaldía de Cercedilla, pasan dos o más días durante todos los festivos del año, incrementándose los residentes en el expresado Barrio, durante los meses de verano, hasta más de 5.000 personas, por lo que es de establecer que, aunque no exista continuidad en las cifras de población con carácter periódico y normal, registra el repetido núcleo urbano un aumento que

rebasa, con mucho exceso, los 2.000 habitantes exigidos por la disposición tantas veces mencionada, y esto sentado armónicamente con el criterio antes consignado, es de establecer procedió con acierto la Orden impugnada, al interpretar la norma invocada en sentido acomodado a la realidad, y tomar en consideración el promedio de habitantes del Barrio de la Estación a lo largo del año, con distribución del incremento de población que corresponde a la época veraniega, fines de semana y días festivos entre todos los meses, cuyo cómputo, unido a la población resultante del padrón municipal, constituyen la que realmente integra aquel Barrio.» En análogo sentido, referida a Ibiza, la sentencia de 13 de junio de 1959 (2).

b') *Es necesario que el núcleo de población quede más satisfactoriamente atendido.*

Este requisito —quedar más satisfactoriamente atendido— constituye, según se ha dicho, un supuesto de hecho que ha de darse inexorablemente. No se trata de una apreciación más o menos discrecional. Así lo acredita el texto de la norma, al precisar que el requisito se dará cuando concurren una de estas dos circunstancias:

Mayor proximidad.—Si la nueva farmacia está más próxima que cualquiera de las existentes del núcleo de población que motiva la autorización, es incuestionable que este núcleo quedará más satisfactoriamente atendido. Lo que supone demostrar que cualquier habitante que le integra está a menos distancia de la nueva farmacia que de las que existían. Y demostrado este requisito, procederá la autorización.

Así, la sentencia de 29 de febrero de 1964, en su quinto Considerando, afirma: «Que con la letra y sentido expuestos, estando el caso de autos afectado de la esencial discrepancia del supuesto fáctico del número de habitantes que puedan computarse dentro del núcleo de influencia de la nueva farmacia propuesta para la localidad de Osuna, desde el emplazamiento que se le asigna en la calle Queipo de Llano, número 108; es visto que existe en el expediente suficiente prueba de que tal número de beneficiarios rebasa la cifra tope de los 2.000 habitantes dichos, pues si bien hubo de parte del Ayuntamiento de la localidad referida un primer criterio algo fluctuante en la determinación del número de calles y partes de éstas que son componentes del núcleo afectado, en prueba para mejor proveer el recurso de reposición resuelto por la Administración, ya define concretamente el Ayuntamiento dicho, con referencia a una certificación aportada de 2.400 habitantes, «que si la afectación se entiende en el sentido de comodidad para los habitantes de las calles que la certificación comprende, por estar la nueva oficina de farmacia más próxima que las actuales existentes, efectivamente las calles indicadas se verían afectadas por la nueva instalación, salvo el principio de la calle Queipo de Llano y la calle de Jesús»; mas como esta última tiene tan sólo siete vecinos, y el principio de la calle

(2) Pou, en *La apertura de farmacia*, cit., págs. 21-22, estima que tales sentencias infringen el Decreto regulador.

Queipo de Llano dista 108 números del lugar señalado para la nueva farmacia, es claro que la cantidad de habitantes a deducir de la cifra reconocida de 2.400, no puede hacer bajar ésta más allá del tope legal de permisión».

Mayores facilidades de comunicación.—Aun cuando la nueva farmacia no esté más próxima que las ya establecidas del núcleo de población, se dará el requisito de quedar más satisfactoriamente atendido cuando esté mejor comunicado con la nueva farmacia.

Tampoco es éste un elemento de apreciación discrecional, sino un hecho que ha de resultar plenamente probado, prueba que puede revisar la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si no se da la proximidad o las mayores facilidades de comunicación, no cabe hablar de que el núcleo de población resulte mejor atendido con la nueva farmacia, y, en consecuencia, no podrá concederse la autorización.

C) *Requisitos de la actividad.*

1. *Lugar.*

Aun cuando la decisión del expediente corresponde al Ministro de la Gobernación (artículo 5.º, párrafo 1.º, del Decreto de 1957), su incoación habrá de tener lugar en el Colegio Oficial de Farmacéuticos competente (artículo 5.º, párrafo 2.º). De aquí que la petición de la autorización deba presentarse en el Registro del Colegio o en alguna de las oficinas que enumera el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. *Tiempo.*

No existe ningún límite temporal en orden a la petición de autorización. Podrá solicitarse en cualquier momento.

3. *Forma.*

Se aplican las normas del procedimiento ordinario.

III. PROCEDIMIENTO.

El procedimiento en el que ha de tramitarse la petición de autorización de apertura, según el apartado *b)* del párrafo 1.º del artículo 5.º del Decreto de 31 de mayo de 1957, es el mismo que el de la autorización del traslado forzoso, que prevé el apartado *a)* del mismo párrafo. En consecuencia, se dan los trámites esenciales siguientes:

A) *Iniciación.*

El procedimiento se inicia con la petición del interesado, que se formulará por escrito, en el que como requisito especial se expresarán los

hechos básicos que determinan la aplicación del artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), del Decreto de 1957, además de los generales de toda petición de autorización de apertura de farmacia que sean aplicables —verbigracia, indicación precisa del local en que se pretenda emplazar la farmacia—.

B) Desarrollo.

En el procedimiento se distinguen las siguientes fases, perfectamente definidas:

1. *Ante el Colegio Oficial de Farmacéuticos* se desarrolla principalmente la instrucción del procedimiento. El artículo 5.º, párrafo 2.º, del Decreto de 1957 habla de la práctica de «las informaciones más amplias posibles». En realidad, en aplicación del artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ante el Colegio de Farmacéuticos habrán de desarrollarse «los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse resolución».

Ha de entenderse aplicable a este procedimiento especial la regla del artículo 2.º, párrafo 2.º, del Decreto de 1957, que obliga al Colegio a notificar la incoación del expediente a la Jefatura Provincial de Sanidad, al solicitante y a los farmacéuticos establecidos en lugares próximos al local en que se intente abrir la farmacia.

El plazo que se señala al Colegio para que practique la información es de un mes (artículo 5.º, párrafo 2.º, del Decreto de 1957). Como, a diferencia del procedimiento ordinario, el Colegio carece aquí de competencia para resolver, no se considera aplicable la norma general que el artículo 2.º, párrafo 3.º, del Decreto de 1957 señala para los casos en que el Colegio no resuelva dentro de plazo. En este procedimiento especial, si el Colegio no termina la información en el plazo de un mes, no prescribe la competencia para la práctica de los actos de instrucción, si bien incurrirá en responsabilidad, según el artículo 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo. A fin de que se cumpla el plazo reglamentario, la Jefatura Provincial de Sanidad deberá verificarlo en cada caso y, transcurrido el mes desde que se incoó un expediente, requerirá al Colegio para que termine la información.

Terminada la información, será remitido el expediente, con informe de la Junta de Gobierno del Colegio, al Jefe Provincial de Sanidad (artículo 5.º, párrafo 2.º, del Decreto de 1957).

2. *Ante la Jefatura Provincial de Sanidad.*—Ante la Jefatura Provincial de Sanidad sólo tienen lugar los trámites siguientes (artículo 5.º, párrafo 2.º, del Decreto de 1957):

a) Dictamen del Inspector Provincial de Farmacia.

b) Informe del Jefe Provincial de Sanidad.

Incorporados al expediente el dictamen del Inspector y el informe del Jefe Provincial, se elevará a la Dirección General de Sanidad, en el plazo de quince días, contado desde la recepción del expediente en la

Jefatura Provincial de Sanidad. En el supuesto de que proceda la «audiencia y vista», deberá acordarse en este momento del procedimiento.

3. *Ante la Dirección General de Sanidad.*—Según el artículo 5.º, párrafo 2.º, del Decreto de 1957, a la Dirección General de Sanidad corresponde redactar la propuesta de resolución, que someterá a la decisión del Ministerio.

C) *Terminación.*

1. *Terminación normal.*

El procedimiento termina normalmente por la resolución del Ministerio de la Gobernación (artículo 5.º, párrafo 2.º, *in fine*, Decreto de 1957), que será motivada (artículo 45, párrafo 1.º, apartado a), en relación con el 93, párrafo 2.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo), y decidirá acerca de la denegación o concesión de la autorización solicitada. Se notificará a los interesados directamente, según el artículo 78, párrafo 2.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. *Silencio administrativo.*

La no resolución del procedimiento en los plazos reglamentarios no determina, por sí sola, la denegación presunta de la petición. Por el contrario, una resolución dictada fuera de aquellos plazos será irregular, pero válida (artículo 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Para que se produzca la denegación presunta por silencio administrativo será necesario que se den las circunstancias previstas en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

3. *Terminación anormal.*

El procedimiento podrá terminar por desistimiento o renuncia (artículos 96 a 98 de la Ley de Procedimiento Administrativo) y por caducidad (artículo 99).

IV. EFECTOS.

A) *Efectos jurídico-materiales.*

1. *Resolución desestimatoria.*

En el supuesto de que el procedimiento termine por acto denegando la autorización solicitada, no se producirá ningún efecto en la realidad jurídico-material. Subsistirá la situación anterior al momento de incoarse el procedimiento.

2. Resolución estimatoria.

Si se concede la autorización solicitada, se producen los efectos típicos de toda autorización de apertura de farmacia. El farmacéutico podrá abrir la farmacia en el local a que se refiere la autorización, dentro del plazo y con los requisitos que para los casos generales establece la Ordenación vigente.

Una vez abierta la nueva farmacia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), ¿ha de computarse a efectos de las futuras peticiones de autorización de apertura?

En alguna ocasión se ha defendido la tesis de que la farmacia abierta con arreglo a este procedimiento especial no puede ser tenida en cuenta para determinar el número de las que puedan instalarse con arreglo al artículo 1.º, pues, de lo contrario, se crearía una restricción en lugar de la ampliación de cupo que pretende el legislador.

No existe norma alguna del Decreto de 1957 ni de las disposiciones complementarias que permita tal interpretación. En parte alguna se dice que las farmacias abiertas al amparo del artículo 5.º, apartado b), no se tengan en cuenta en orden al cómputo para instalaciones futuras.

Por el contrario, el artículo 1.º, apartado 1.º, párrafo último, al determinar el cupo, no distingue entre clases de farmacias. Luego donde la Ley no distingue no debemos distinguir. Así lo exige un elemental principio de interpretación, aplicable al Derecho administrativo, según una reiterada jurisprudencia (verbigracia, sentencias de 9 de diciembre de 1947, 18 de mayo de 1953, 22 de enero de 1954, 28 de enero de 1956, 26 y 29 de marzo y 30 de septiembre de 1960, 10 de febrero de 1961 y 25 de octubre de 1962).

El artículo 1.º, apartado 1.º, párrafo último, se refiere a «... el cupo total de las farmacias establecidas para el servicio público...». Luego, con arreglo a una interpretación gramatical y lógica, para fijar ese cupo han de contarse *todas* las farmacias que existan en el término municipal para el servicio público. Únicamente se excluirán del cómputo las que no estén establecidas para el público —verbigracia, Hospitales—. Pero las demás, todas las demás, han de computarse.

No creemos que pueda seriamente mantenerse que las farmacias abiertas al amparo del artículo 5.º, apartado b), no están establecidas para el servicio público. Se han abierto para el servicio público. Y, por tanto, se computan para establecer el cupo.

Es cierto que el párrafo citado del artículo 1.º del Decreto de 1957, en su parte final hace una salvedad; dice: «... salvo lo dispuesto en el artículo 5.º». Pero el régimen especial que prevé el artículo 5.º, apartado b), del Decreto de 1957, lo es para autorizar la apertura de nuevas farmacias. En el momento de la apertura no juegan las limitaciones que, como consecuencia del número de habitantes, establece el artículo 1.º del mismo Decreto.

En este sentido se ha pronunciado reiterada jurisprudencia. Así, las sentencias de 22 de septiembre de 1959 y 19 de enero de 1960. Entre las más recientes, la sentencia de 3 de octubre de 1962 dice: «el referido

apartado *b*) del número 1.º del artículo 5.º establece de modo preciso, al igual que el Decreto de 12 de diciembre de 1960, el cupo de 2.000 habitantes para permitir la excepción que configura el régimen general de autorizaciones que el artículo 1.º regula, y modulado tan en concreto el requisito del caso particular, no puede sustituirse su efectividad con hipótesis que, susceptibles de conducir al mismo, representan, sin embargo, cosa distinta de la certidumbre de número en que se asienta el precepto reglamentario para que entre la actividad y que en consecuencia no consiente que se soslaye, por lo que semejante exigencia de guarismo ha de probarse que se llena indubitadamente con el informe o certificado de la autoridad local de lo que arroja el padrón municipal, al que remite el número 4.º del artículo 1.º del Decreto de 31 de mayo de 1957, y que además constituye el documento adverbador oficialmente de los núcleos de población, con arreglo al número 3.º del artículo 5.º de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955...».

Pero, entiéndase bien —y esto es importante subrayarlo—, la especialidad se da única y exclusivamente respecto de aquel concreto y específico requisito.

Es decir, una autorización de apertura está sometida a una serie de requisitos —subjetivos, objetivos y formales— y produce determinados efectos —entre otros, su existencia en orden a sucesivas aperturas—. Pues bien, de este régimen jurídico especial lo único que se ha exceptuado es el requisito que señala el artículo 1.º del Decreto de 1957 sobre proporcionalidad entre farmacias y habitantes en el momento de la autorización.

Pero el resto de los requisitos generales y de los efectos del régimen común se aplican íntegramente a la nueva farmacia autorizada al amparo del artículo 5.º, apartado *b*).

Abierta una farmacia, cualquiera que sea el régimen de autorización, juega a todos los efectos respecto de las futuras autorizaciones. Y, por tanto, ante una nueva petición de apertura, aquella farmacia debe computarse a la hora de fijar el cupo.

De otro modo se llegaría a una interpretación que conduciría al absurdo. Pues absurdo sería que, para procurar la apertura en grupos de población diseminada cuyos habitantes están en el censo y a los que sirve la farmacia, no se contara su existencia.

La sentencia de 22 de enero de 1963 viene a confirmar nuestra tesis. En efecto, en ella se dice: «Que en cuanto al fondo del asunto, es cierto que el apartado *b*) del artículo 5.º del Decreto de 31 de mayo de 1957 establece un régimen especial que autoriza en los casos que contempla que en núcleos de población de menos de 50.000 habitantes pueda autorizarse apertura de farmacias sobrepasando el cupo permitido, pero en ninguno de sus preceptos dice que concedida una farmacia en virtud de ese régimen de excepción, no haya de computarse a efectos de respetar cupo de las que puedan autorizarse en esas poblaciones, o sea, una por cada 4.000 habitantes, y como con la concesión de una apertura a don ... se cubrió el cupo de Sagunto, no podía ya concederse la solicitada por el señor P. mientras no llegara a tener más de 40.000

habitantes el citado pueblo, y si bien el interesado dice que actualmente los tiene, ello podía ser motivo para que lo solicitara ahora y se le pudiera conceder, pero no para que se revocara un acuerdo que en la época en que se dictó era ajustado a Derecho.»

B) Efectos jurídico-procesales.

Como la resolución que decide el procedimiento procede del Ministerio de la Gobernación, agota la vía administrativa (artículo 36, apartado 2.º, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), por lo que no es admisible recurso alguno en vía jerárquica. Los interesados pueden acudir a la vía contencioso-administrativa.

Ahora bien, en todos los supuestos especiales del artículo 5.º, la resolución del Ministerio de la Gobernación no es consecuencia de un recurso administrativo anterior; es el acto que decide el procedimiento incoado por el interesado. De aquí que no se da la excepción del artículo 53, apartado a), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y, por tanto, antes de incoar la vía contencioso-administrativa, los interesados deberán interponer recurso de reposición (artículo 52), que será preceptivo y no simplemente potestativo, como en el procedimiento ordinario.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Catedrático de Derecho administrativo.

