

## I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

### EL CONCEPTO DE NUCLEO DE POBLACION A EFECTOS DE LA APERTURA DE FARMACIA

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: 1. *El Decreto de 1957*. 2. *El Decreto de 1978*. 3. *La Orden de 1979*.—II. LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL. INTERPRETACIÓN DEL DECRETO DE 1957: 1. *Las corrientes de la doctrina jurisprudencial*. 2. *Requisitos del núcleo de población*. 3. *Innecesariedad de separación*.—III. LA ORDEN DE 1979: 1. *La nueva regulación*. 2. *El problema de su nulidad*. 3. *Irretroactividad de la Orden*. 4. *La doctrina jurisprudencial*.—IV. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL NÚCLEO DE POBLACIÓN.

#### I. INTRODUCCIÓN

##### 1. *El Decreto de 31 de mayo de 1957*

Dentro del tradicional sistema de limitaciones en el establecimiento e instalación de nuevas oficinas de farmacia existen una serie de supuestos especiales para los que no rigen las normas generales de la existencia de una oficina de farmacia por cada 4.000 habitantes.

Uno de estos supuestos es el de la apertura de una farmacia para atender a un núcleo de población de al menos 2.000 habitantes. Supuesto que ha dado lugar a no pocos conflictos jurisdiccionales en torno a qué debe entenderse por «núcleo de población».

En el anterior Decreto de 31 de mayo de 1957 aparecía regulado en el párrafo primero del apartado *b)* del artículo 5.º, que después de la modificación establecida por el Decreto 2322/1960, de 1 de diciembre, quedó redactado en los siguientes términos:

«1. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el artículo 1.º y serán resueltos por el Ministerio de la Gobernación los siguientes casos:

.....

*b)* Apertura de nuevas farmacias en los municipios de población inferior a 50.000 habitantes, o incluidos en su régimen peculiar, cuando la nueva farmacia esté a distancia no inferior a 500 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 2.000 habitantes.»

El fundamento de este supuesto especial quedó delimitado en el preámbulo del Decreto de 1 de diciembre de 1960 y en la jurisprudencia. Decreto que modificó la redacción del artículo citado, ya que había «dado lugar a equívocos e interpretaciones en exceso restrictivas». Si el fin perseguido por la ordenación de la apertura de farmacias es siempre el de procurar que las personas necesitadas puedan tener a su alcance el suministro de los medicamentos necesarios «con circunstancias de proximidad, urgencia y comodidad», cuando esta finalidad no se consigue por aplicación del régimen general, en atención a las peculiares características del término municipal, han de arbitrase los medios necesarios para que no quiebre la razón de ser del sistema de limitaciones que la ordenación de oficinas de farmacia supone. Por ello, aun cuando se trate de supuestos de carácter excepcional, el mismo queda atenuado por el carácter asimismo excepcional que supone el sistema general de limitaciones (1).

## 2. *El Decreto de 14 de abril de 1978*

El Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, aplicable a los procedimientos de autorización de oficinas de farmacia incoados en la actualidad, también recoge este supuesto especial de apertura, conteniendo una regulación análoga, si bien lo configura como una excepción al límite del cupo de farmacias, pero decidiéndose la petición de autorización dentro del procedimiento general regulado en el artículo 4.º A diferencia de la normativa anterior, en la que estaba establecido como un procedimiento especial. Exigiendo en ambos preceptos una mayor distancia mínima a las farmacias más próximas.

El artículo 3.º del Decreto de 1978 dispone:

«1. El número total de oficinas de farmacia para la dispensación al público de especialidades farmacéuticas en cada municipio no podrá exceder de una por cada 4.000 habitantes, salvo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

.....

b) Cuando la que se pretenda instalar vaya a atender a un núcleo de población de al menos 2.000 habitantes.

---

(1) GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho farmacéutico*, Madrid, 1972, p. 513.

## APERTURA DE FARMACIA

2. La distancia respecto de otras oficinas de farmacia no será inferior a 250 metros. Dicha distancia deberá ser de 500 o más metros en el supuesto del apartado b) del número anterior.»

En este precepto tan sólo se exige la existencia de un núcleo de población de al menos 2.000 habitantes, sin determinar o exigir que el núcleo de población deba tener unas características determinadas en su configuración.

Luego, siempre que la nueva oficina de farmacia está a una distancia superior a los 500 metros respecto de las ya instaladas y vaya a atender a una población de 2.000 habitantes, se cumplen los requisitos establecidos y, por tanto, ha de concederse la autorización solicitada (2).

### 3. *La Orden de 21 de noviembre de 1979*

En el «Boletín Oficial del Estado» de 18 de diciembre de 1979 se publicó una Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social por la que se desarrollaba el Decreto 909/1978 en lo referente al establecimiento, transmisión e integración de oficinas de farmacia, en virtud de la disposición final 2.ª del mismo.

Concretamente su artículo 3.º recoge el supuesto especial de apertura regulado en el artículo 3.º, 1, b), del Decreto que desarrolla. Si bien no puede ser considerada como una norma complementaria o de desarrollo, sino modificativa, ya que establece una serie de requisitos que debe reunir el núcleo de población no previstos en los Decretos anteriores.

Esto es, exige que el núcleo de 2.000 habitantes esté separado del resto del conjunto urbano «por un accidente natural o artificial (rio, barranco, canal, vía de ferrocarril, autopistas y similares) o por una zona no urbanizada sin todos los servicios exigidos legalmente».

## II. LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL. INTERPRETACIÓN DEL DECRETO DE 1957

### 1. *Las corrientes de la doctrina jurisprudencial*

Al ser análogas —podemos decir idénticas— las regulaciones que respecto del núcleo de población han establecido tanto el anterior Decreto de 1957 como el Decreto de 1978 —si bien este último contiene una fórmula más simplista—, la jurisprudencia dictada en aplicación del primero sobre los requisitos de la autorización de apertura

(2) La autorización administrativa necesaria en materia de oficinas de farmacia es un acto reglado. Esto es: el otorgamiento o denegación de la autorización depende única y exclusivamente de que se den o no las circunstancias previstas por el Ordenamiento.

de una farmacia que vaya a atender a un núcleo de 2.000 habitantes, mantendrá su vigencia (3).

Las últimas sentencias dictadas para supuestos de apertura, amparados en el artículo 3.º, 1 b), del Decreto de 1978, afirman que este Decreto no ha modificado la normativa anterior sobre núcleo de población a efectos de apertura de oficinas de farmacia. Por tanto, si sigue vigente la norma del Decreto de 1957, asimismo seguirá vigente la doctrina jurisprudencial que ha recaído en interpretación de la misma.

El único requisito exigido en el artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), del Decreto de 31 de mayo de 1957, es la existencia de un núcleo de población que agrupe al menos 2.000 habitantes, que quede más satisfactoriamente atendido con la instalación de una nueva farmacia, por su proximidad o mayores facilidades de comunicación. Pero no se exige que ese núcleo de población, que esos 2.000 habitantes, estén en una zona que reúna determinadas características.

Y, aun cuando es evidente que no es necesario que esos 2.000 habitantes formen un sector de población aislado, el problema se planteó en más de una ocasión ante el Tribunal Supremo, al pretender la organización colegial farmacéutica y las autoridades sanitarias del Estado que tal núcleo reuniese unas características de independencia y separación respecto del resto de la población del término municipal.

Es cierto que, a otros efectos, y dentro del marco de aplicación de otras legislaciones, puede entenderse como núcleo de población una agrupación de personas, edificaciones, etc., separada o aislada del conjunto urbano. Este es el supuesto regulado en el artículo 85, número 1, punto 2.º, de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 2 de mayo de 1975 (4).

Pero la expresión «núcleo de población» ha de interpretarse dentro del contexto del precepto, en este caso del artículo 3.º, 1, b), del Decreto de 1978, y atendiendo a la interpretación que del mismo han dado los Tribunales.

La doctrina jurisprudencial fue terminante, no dejando lugar a dudas. Pues, salvo algún fallo aislado, recaídos al entrar en vigor el Decreto de 1957, que matizaron algunas circunstancias para que pudiera entenderse existía núcleo de población, la jurisprudencia ha sido unánime al declarar que a efecto de conceder autorización de apertura de farmacia bastaba que existieran 2.000 habitantes, cualquiera que fueran las circunstancias que les rodearan, siempre que resultaran mejor atendidos por la nueva farmacia.

En este sentido, una sentencia de 14 de enero de 1976, en el séptimo considerando, dice:

(3) GONZÁLEZ PÉREZ: *Nueva ordenación de las oficinas de farmacia*, Madrid, 1978, p. 192.

(4) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, tomo I, Madrid, 1981, páginas 684-685.

«Que en cuanto al requisito de que con la instalación de la nueva farmacia queda 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, habida cuenta que la jurisprudencia de esta Sala en conexión con este enunciado en juego con el artículo 5.º, párrafo 1.º, apartado b), del Decreto de 31 de mayo de 1957 y artículo único del Decreto de 1 de diciembre de 1960, viene en alguna sentencia a aludir de que ese núcleo de población esté fuera y separado de su casco urbano, sin embargo en otras muchas fija que no es necesario que esos 2.000 habitantes formen un sector de población aislado, ya que como dicen las sentencias de 19 de enero de 1960, 14 de enero de 1969 y 29 de abril de 1970, basta que el poblado se haya ido extendiendo alargadamente, y que el precepto mencionado 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 distancia...»

## 2. *Requisitos del núcleo de población*

El núcleo de población al que va a atender la nueva oficina de farmacia ha de estar formado por una población de al menos 2.000 habitantes para los que su instalación suponga un mejor servicio. Esto es: que queden más satisfactoriamente atendidos con la apertura por razones de proximidad o mayores facilidades de comunicación.

El local designado para la oficina de farmacia no puede estar a una distancia inferior a 500 metros respecto de la más próxima de las establecidas.

Esta exigencia, de una distancia muy superior a la que se exige en el procedimiento normal (250 metros), viene a compensar la excepción al límite del cupo de farmacias que supone el abrir una para 2.000 habitantes, cuando la regla general es la de la existencia de una farmacia por cada 4.000 habitantes. Pero para el cómputo de esta distancia rigen las normas generales referentes a la medición, según viene declarando reiterada jurisprudencia (5).

Si bien, la concurrencia de este requisito sobre distancias no plantea problema alguno, si pueden plantearse al determinar si existe el núcleo de 2.000 habitantes.

Al respecto, deben tenerse en cuenta los siguientes argumentos, basados en la interpretación que del artículo 5.º, 1 b), ha dado el Tribunal Supremo.

(5) La medición de distancias entre farmacias aparece regulada en los artículos 9, 10 y 11 de la Orden de 21 de noviembre, en cuya disposición final, entre otras, se derogó la Orden de 1 de agosto de 1959.

a) *Cómputo de los habitantes*

El núcleo de población al que supondrá un mejor servicio la apertura de la farmacia, ha de estar formado por, al menos, 2.000 habitantes. El posible problema del cómputo se traduce a la determinación de la base física, de la superficie, con anterioridad. Pues, una vez determinada esa zona, bastará acudir al padrón municipal, ratificado el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, para comprobar y acreditar si, en efecto, en la zona señalada residen los 2.000 habitantes (art. 1.º, número 4, Decreto de 1957 y art. 2.º, número 4, Orden de 21 de noviembre de 1979) (6).

b) *Delimitación del núcleo de población*

Si el precepto exige que el núcleo de 2.000 habitantes ha de quedar más satisfactoriamente atendido, en base a ello habrán de fijarse los límites del núcleo.

Para que se cumpla este requisito será necesario que todas y cada una de las viviendas en que habitan los 2.000 habitantes estén mejor atendidas con la nueva farmacia. Y, por regla general, estarán mejor atendidas por estar más próximas.

Según la sentencia de 14 de enero de 1976, la proximidad será el criterio determinante para decidir el requisito de que «el núcleo de población quede más satisfactoriamente atendido».

Puede darse el caso de que unas viviendas estén mejor atendidas por una farmacia que aun cuando no sea la más cercana, tenga mayores facilidades de comunicación. Pero, salvo estos supuestos, lo normal será que las viviendas estarán mejor atendidas cuando estén más próximas a la farmacia.

Y como esta proximidad ha de darse respecto de todas y cada una de las viviendas cuyos habitantes se han computado, para fijar la superficie que constituye la zona de influencia de la nueva farmacia, será necesario que no exista ningún sector que esté más próximo de alguna farmacia existente que de la que se pretende instalar.

Así, por ejemplo, si entre el local de la nueva farmacia y el de la existente hay 600 metros, la zona de influencia será la constituida en un radio de 300 metros, y se computarán todos los vecinos de las viviendas comprendidas en dicha zona.

3. *Innecesariedad de separación*

Delimitado el núcleo y computados los habitantes, si éstos llegan a los 2.000 exigidos, se cumplirá el requisito de este supuesto especial de apertura y, por tanto, deberá otorgarse la autorización.

(6) En algunas sentencias, a efectos del cómputo de los habitantes, se ha tenido en cuenta la población flotante o habitantes transitorios. Así, las de 11 de abril de 1973, 21 de marzo de 1974, 14 de febrero de 1978 y 21 de noviembre de 1979.

#### APERTURA DE FARMACIA

No obstante, según indicábamos anteriormente, surgió el problema de si el núcleo de población debía estar separado por alguna circunstancia física del resto de las edificaciones existentes en el término municipal.

La jurisprudencia fue terminante, al declarar que a efectos de la apertura de farmacias bastaba que existieran 2.000 habitantes que quedaran mejor atendidos por la nueva farmacia sin necesidad de requisito alguno de separación. No es necesario que esos 2.000 habitantes formen un sector de población aislado.

La sentencia de 29 de abril de 1970, al referirse a este requisito, gráficamente habla de que la farmacia «se vea rodeada de un núcleo de población superior a 2.000 habitantes».

La sentencia de 19 de enero de 1960 afirma:

«... 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».

Y la Sentencia de 31 de enero de 1979, después de exponer que la expresión «núcleo de 2.000 habitantes» incluye tanto zonas del término municipal caracterizadas como agrupación residencial separada del casco urbano, como también comprende sectores de aquel casco donde la residencia en los mismos implica para su población lejanía u otra incomodidad de acceso a las farmacias instaladas, concluye:

«... sin que, por tanto, la significación de núcleo de población a los efectos examinados requiera la existencia de agrupaciones topográficamente separadas de la principal, donde se encuentran ya instaladas farmacias que cubren el cupo señalado en el artículo 1.º del Decreto de 1957 para los Municipios de menos de 50.000 habitantes o sujetos a su régimen peculiar, pues no es la situación aislada y diferenciada de la agrupación lo que de suyo identifica y configura el núcleo de población en orden a obtener propia oficina que facilite la ob-

tención de sus necesidades farmacéuticas, sino por el contrario, la común necesidad... de acceder más fácilmente a los servicios farmacéuticos es lo que determina el núcleo de la localidad que excepcionalmente permite rebasar el mencionado cupo correspondiente al municipio».

La Sentencia de 21 de noviembre de 1979, siguiendo esta doctrina jurisprudencial, mantiene:

«Qué con la instalación de esta nueva farmacia se favorece a tal núcleo urbano, a fin de procurarle la más fácil adquisición de medicamentos, por tener su normal acceso precisamente por aquel lugar y ya que es esto lo que se pretende con la expresada normativa, al autorizar excepcionalmente la apertura de esta clase de farmacias.»

La Sentencia de 4 de febrero de 1963, tras exponer los motivos que indujeron al legislador a reformar el artículo 5.º del Decreto de 1957 por el Decreto de 1960, da una idea clara sobre la innecesariedad de separación respecto del núcleo de población a la hora de determinar si se cumple el requisito de que ese núcleo quede más satisfactoriamente atendido con la instalación de una farmacia. En su tercer considerando dice:

«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 cercana de las ya establecidas y se trate de un municipio de población inferior a 50.000 habitantes; pues la última condición, de que tal grupo quede con su instalación más satisfactoriamente atendido por su proximidad o mayores facilidades de comunicación, normalmente siempre será concurrente, ya que es difícil, por no decir imposible, que el público no se beneficie con la nueva instalación, siempre reductora de distancias y siempre satisfactoria de una mejor y mayor atención pública.»

Siguiendo este criterio interpretativo, el Tribunal Supremo, en algunas ocasiones, ha estimado la procedencia de la apertura de una



## APERTURA DE FARMACIA

farmacia para atender a un núcleo de habitantes computados de agrupaciones de personas diseminadas (7).

Entre otras sentencias análogas, en las que se sigue la línea interpretativa que declara la innecesariad de separación del núcleo de 2.000 habitantes a efectos de la apertura de farmacia, pueden citarse como más significativas las siguientes: 29 de febrero de 1964, 14 de enero de 1969, 29 de abril de 1970, 11 de abril de 1973, 21 de marzo y 30 de septiembre de 1974, 14 de enero de 1976, 8 de mayo de 1979 y 22 de enero de 1980.

### III. LA ORDEN DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1979

#### 1. *La nueva regulación*

En la disposición final 2.<sup>a</sup> del Decreto 909/1978, de 14 de abril, se autorizaba al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social para que, a propuesta de la Dirección General de Ordenación Farmacéutica, dictara cuantas normas fuesen necesarias para el desarrollo y aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto.

Así, se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» la Orden de 18 de diciembre de 1979, que desarrollaba el Decreto citado en lo referente al establecimiento, transmisión e integración de oficinas de farmacia.

Esta Orden ministerial era esperada con interés, con objeto de ver si en la misma quedaban aclaradas las dudas interpretativas que había planteado el Decreto que desarrollaba. Lejos de esto, no sólo no consiguió esclarecer los puntos de conflictividad, sino que además,

---

(7) Así, la sentencia de 7 de diciembre de 1979 establece:

«Que respecto del primer extremo, no son de apreciar las alegaciones de los recurrentes porque exposición explicativa de la finalidad del Decreto de 1 de diciembre de 1960 y la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el alcance social de los servicios de farmacia, como cualidad tipificadora, debe predominar sobre el mero interés privado de los propietarios de farmacia preexistentes, suponen—en su aplicación a los antecedentes del caso de autos— que la instalación de la nueva farmacia, sita en la curva de las llamadas calle de Colón, prolongada hacia la carretera de la Estación y de Cleza, ocupa la posición más nortoriental de las existentes en Abarán y por ello más próxima a la extensa y desatendida, farmacéuticamente, parte del término municipal en que se encuentran los núcleos y caseríos de Barranco Estal, Moya del Campo, los Vergeles, Casa Blanca y Boquerón, los cuales, en efecto, no forman un núcleo urbano compacto por la continuidad de sus edificios, pero sí núcleos más o menos agrupados, pero comunicados y más próximos a la farmacia cuya concesión se discute que si las sitas más al Sudoeste y en el casco urbano; y que son, por lo tanto, agrupables a los efectos del cómputo de habitantes que señalan los Decretos de 1957 y 1980, citados; criterios que tienden a evitar privilegios privados meramente amparados en la antigüedad, y que a su vez no impiden el nuevo establecimiento de farmacias, dentro de los preceptos legales, para servir la zona necesitada de estas fundamentales atenciones.»

en el caso del artículo 3.º, 2, contradice de modo flagrante lo dispuesto en el Decreto, norma de rango superior, incurriendo así en nulidad de pleno derecho.

Dice el artículo 3.º, 2:

«2. El citado núcleo de población deberá hallarse separado del resto del conjunto urbano por un accidente natural o artificial (río, barranco, canal, vía de ferrocarril, autopista y similares) o por una zona no urbanizada sin todos los servicios exigidos legalmente.»

Según indicábamos en el apartado anterior, ni el Decreto de 1978 ni el de 1957 —que no ha sido modificado, como ha declarado reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo— establecían más requisitos, aparte de los generales para todos los supuestos de apertura de farmacia, que la existencia de un mínimo de 2.000 habitantes que formen un núcleo de población y que la distancia respecto de otras farmacias no sea inferior a 500 metros.

En cambio, según lo establecido en la Orden, es preciso, también, que ese núcleo de población se encuentre separado del conjunto urbano (8).

Y se entiende se da esa separación cuando entre el núcleo y el resto del conjunto urbano exista un accidente natural o artificial o una zona no urbanizada.

Es obvio que la enumeración de los accidentes naturales o artificiales, que figuran entre paréntesis, no constituye *numerus clausus*, sino que se hace así en la Orden sólo a título de ejemplo, admitiendo la misma eficacia a otros «similares».

Pero, a pesar de ello, lo único que conseguirá esta Orden es reducir a límites insospechados la posibilidad de abrir nuevas farmacias en lugares donde, aun cuando no exista un elemento separador, sea necesaria la instalación de una farmacia; olvidando el carácter de servicio público de la actividad desarrollada por el farmacéutico en la oficina de farmacia, que no es otra que la de la dispensación de medicamentos a las personas necesitadas (9).

---

(8) Según la sentencia de 18 de mayo de 1982, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, «la separación no puede entenderse como incomunicación, por cuanto separar es apartar e incomunicar es privar de correspondencia o paso». En el mismo sentido, la sentencia de 14 de enero de 1982 de esa Audiencia Territorial.

(9) El Tribunal Supremo en innumerables ocasiones se ha mostrado partidario del sistema de libertad en la instalación de nuevas farmacias, siguiendo el criterio de pro apertura en base al interés o carácter público de la actividad del farmacéutico; siendo éste uno de los principios informantes de la ordenación de las oficinas de farmacia, que ha de prevalecer sobre los demás.

GONZÁLEZ PÉREZ: *Nueva ordenación de las oficinas de farmacia*, pp. 39 y ss.

## 2. *El problema de su nulidad*

La interpretación que del requisito del núcleo de población da la Orden de 21 de noviembre de 1979 ya fue aducida anteriormente al aplicar el precedente del Decreto de 1957. Y la jurisprudencia, según vimos, fue categórica: no es necesario que el núcleo de población venga delimitado o separado del resto del término municipal.

Para la jurisprudencia, pues, lo único relevante es que exista una población de al menos 2.000 habitantes, que resulte mejor atendida por la nueva farmacia que por las existentes. En tanto en cuanto se demuestre que esos 2.000 habitantes, bien por proximidad o por cualquier otra circunstancia, estarán mejor atendidos se da el requisito legal.

Donde la Ley no distingue, no debemos distinguir. Como los Decretos —ni el de 1957 ni el de 1978— exigen que ese núcleo de población reúna determinados requisitos, la exigencia de cualquier requisito no previsto en la norma sería contraria a ésta. En aplicación del principio de jerarquía de las normas, será nula de pleno derecho cualquier norma que infrinja lo preceptuado en otra de rango superior.

La primera limitación de la Administración en el ejercicio de sus potestades normativas es el respeto a toda norma con jerarquía de Ley, cualquiera que sea su forma de manifestación. El artículo 9.º, 3, de la Constitución dispone que «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa...». Consecuencia de este principio es que la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes y que ninguna disposición administrativa podrá infringir preceptos de otra superior (10).

Por lo expuesto, parece evidente que la Orden de 21 de noviembre de 1979 es nula de pleno derecho, en tanto en cuanto exige en su artículo 3.º, 2, que el tantas veces mencionado núcleo de población donde pretende instalarse la nueva oficina de farmacia esté separado del casco urbano por un accidente natural o artificial o por una zona no urbanizada, requisito éste no regulado en el Decreto de 14 de abril de 1978, que por ser de rango superior debe prevalecer sobre cualquier norma de inferior jerarquía, caso de la Orden en estudio.

## 3. *Irretroactividad de la Orden*

Junto al problema de la nulidad de la Orden de 21 de noviembre de 1979 aparece el de su irretroactividad, ya que puede pretenderse, como así ha ocurrido por parte de la organización colegial farmacéutica, dotarla de efectos retroactivos, esto es, hacerla aplicable no

(10) En este sentido se ha pronunciado reiterada jurisprudencia, bastando citar las sentencias de 7 de febrero de 1973, 5 de mayo de 1976 y 4 de octubre de 1978.

desde su entrada en vigor, sino desde la fecha en que entró en vigor el Decreto de 1978, al que desarrolla (11).

La irretroactividad de las normas restrictivas de los derechos individuales se sanciona en la Constitución, artículo 9.º, apartado 3, en los términos más absolutos, al disponer que: «La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica...»

A su vez, el Código Civil, artículo 2.º, apartado 3, dispone: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.»

A tenor de estos preceptos es incuestionable:

— Que, en general, únicamente se admite la irretroactividad cuando así se disponga expresamente. Y, dado el carácter excepcional de la retroactividad, deberá interpretarse restrictivamente.

— Que no se admite la cláusula de retroactividad cuando se trata de una disposición que suponga una restricción de los derechos individuales.

— Que, en definitiva, la Constitución y el Código Civil no hacen otra cosa que acoger los más elementales principios de seguridad jurídica sancionados por reiterada jurisprudencia.

Al no contener la Orden ministerial disposición expresa de retroactividad (que en todo caso habría de interpretarse restrictivamente), no hay duda sobre su irretroactividad. Pero, aunque la tuviera, sería contraria a la Constitución en cuanto que tal Orden es claramente restrictiva de los derechos individuales, como es el derecho a ejercer una profesión (como la farmacéutica) en un lugar determinado.

Porque, además, no se trata de una norma aclaratoria o interpretativa—conocida es la doctrina sobre su carácter retroactivo—, sino de una disposición modificativa. Desde el momento que la Orden de 21 de noviembre de 1979 establece un requisito no exigido en el Decreto que desarrolla, como es el de la necesidad de que el núcleo de población esté separado del resto del municipio, modifica esa norma y viene a achicar aún más el margen de actividad de los farmacéuticos.

#### 4. *La doctrina jurisprudencial*

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado últimamente cinco sentencias en las que se trata de delimitar el concepto de núcleo de población a los efectos del artículo 3.º, 1, b), del Decreto 909/1978: la de 22 de junio de 1982 (dictada en el recurso de apelación número 49.731), la de 21 de septiembre de 1982 (dictada en el recurso

---

(11) La Orden no contiene ninguna disposición sobre entrada en vigor ni sobre retroactividad. Por lo tanto, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 29 Ley RJA, 132 LPA y 2.º, apartado 1, del CC, entró en vigor veinte días después de la publicación —«BOE» de 18 de diciembre—, esto es, el 7 de enero de 1980.

de apelación núm. 49.557), la de 22 de septiembre de 1982 (dictada en la apelación núm. 49.773), la de 27 de noviembre de 1982 (dictada en la apelación núm. 80.201) y la de 28 de diciembre de 1982 (dictada en la apelación núm. 80.268).

Y, aun cuando en el momento de iniciarse los procedimientos administrativos que motivaron las apelaciones no había entrado en vigor la Orden de 21 de noviembre de 1979, al pretender la organización colegial farmacéutica que la misma se aplicara al resolver los recursos posteriores, al interpretar el Decreto de 1978 según lo preceptuado en el artículo 3.º, 2, de la Orden, se planteó el problema de su nulidad y en todo caso el de su irretroactividad.

Pues bien, en ninguna de estas sentencias hay una declaración expresa de la invocada nulidad, ya que los recursos se resolvieron en base al artículo 3.º del Real Decreto, sin entrar en la interpretación que del mismo da la Orden citada.

Estas sentencias coinciden al declarar que la nueva normativa no altera, en cuanto a presupuestos o requisitos, el régimen jurídico anterior. Si bien contienen argumentos distintos al determinar de qué modo afecta este precedente legislativo al delimitar cuáles han de ser las características del núcleo de población.

Por una parte, las sentencias de 22 de junio y 22 de septiembre de 1982 declaran que no se ha modificado el régimen jurídico anterior dado que la norma (párrafo b), núm. 1, art. 3.º, Decreto de 1978) no establece o impone requisito de la propia sustantividad o delimitación del núcleo, emplazamiento determinado etc., sino que lo importante es que la nueva instalación suponga un mejor servicio a un núcleo de población de al menos 2.000 habitantes, con independencia de las características físicas o materiales sobre las que se asienta la población.

De ello se deduce que, aun cuando no declaren expresamente la nulidad de la Orden, lo están admitiendo de forma implícita, pues este precepto exige que sólo se considerará «núcleo de población» aquel que se halle separado del resto del conjunto urbano por un accidente natural o artificial o por una zona no urbanizada, criterio opuesto al mantenido en las sentencias.

Por otra parte, la sentencia de 21 de septiembre de 1982, siendo la única que de alguna forma trata los problemas planteados de la Orden ministerial, en su segundo considerando viene a oscurecer aún más los mismos.

En efecto, en primer lugar declara que el hecho de que una disposición administrativa merezca la calificación de interpretativa o aclaratoria de una norma de rango superior no autoriza a proceder sin más a su aplicación, sino que habrá de indagar el alcance y contenido de la norma de superior grado para esclarecer si la disposición que la desarrolla se excede o no de los límites interpretativos. Y a continuación expone que la norma superior (art. 3.º, 1, b), Decreto

de 1978) mantiene el régimen anterior contenido en el artículo 5.º, 1, b), del Decreto de 1957 —«según han declarado, entre otras, las Sentencias de 22 de junio y 22 de septiembre de 1982»—, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia tradicional, «el fundamento esencial justificativo de la excepción prevista consiste en atender más satisfactoriamente a las necesidades farmacéuticas de un núcleo de población que de otra forma se vería privado de un servicio próximo y eficaz». Pero añade: «siempre que dicho núcleo de población sea de alguna forma diferenciable como un conjunto homogéneo».

En esta sentencia, por tanto, se entiende que deben concurrir, a los efectos del supuesto especial de apertura de farmacia en estudio, unas circunstancias no previstas ni en el Decreto de 1957 ni en el Decreto de 1978, dando a su vez una interpretación distinta que de estos preceptos había dado hasta ahora el Tribunal Supremo.

Ahora bien, aun cuando se exige que el núcleo de población tenga cierta homogeneidad y carácter diferenciable, no es preciso que este requisito venga determinado por las circunstancias previstas en la Orden ministerial, ya que las mismas (estar separado el núcleo por un accidente natural o artificial o por una zona no urbanizada) «deben estimarse como simplemente orientadoras e indicativas y no taxativas e insuperables». Esto es, para que se entienda que existe núcleo de población, según el texto de la sentencia, y pueda autorizarse una farmacia al servicio del mismo, no es necesario que se den obligatoriamente las circunstancias previstas en la Orden de 1979, pero sí ha de existir una circunstancia que de alguna forma delimite al núcleo.

Luego debe entenderse por los argumentos expuestos que, aun cuando la Orden de 21 de noviembre de 1979 exige unos requisitos respecto del núcleo de población no previstos en la norma de superior rango y contenga una interpretación contraria a la que han dado los Tribunales en aplicación de la normativa anterior (que, insistimos, no ha sido modificada por la actualmente vigente), ha de entenderse vigente, aunque sólo sea en términos orientadores e indicativos.

No obstante, las dos últimas Sentencias de 26 de noviembre y 28 de diciembre de 1982, apoyándose en las anteriores, pero sin entrar en el examen de los argumentos en ellas utilizados, sorprendentemente se limitan a exponer que el concepto de núcleo de población implica un «conjunto urbano con cierta homogeneidad y características diferenciales».

Así, en la Sentencia de 26 de noviembre de 1982, en el segundo considerando, se dice:

«Que el concepto de "núcleo de población", a efectos de aplicación del artículo 3.º, número 1, apartado b), del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, ha sido ya precisado en las Sentencias de esta Sala de 22 de junio, 21 y 22 de septiembre de 1982, en el sentido de que implica un "conjunto urbano con cierta homogeneidad y

#### APERTURA DE FARMACIA

características diferenciales", lo que no ocurre cuando —como en el caso de autos— la denominada "zona de influencia" es simplemente trazada de manera discrecional sobre un Plano, sin que la delimitación del "núcleo" así constituido tenga otro Fundamento que el de alcanzar los 2.000 habitantes necesarios, aunque para lograrlo resulte precisa la manifiesta división en el plano de numerosos inmuebles, que quedan en una parte fuera y en otra dentro de la expresada zona.»

Y, en los mismos términos en primer considerando de la Sentencia de 28 de diciembre de 1982, expone que "ha de tenerse en cuenta la precisión hecha por esta Sala, en sus más recientes Sentencias, las de 22 de junio, 21 y 22 de septiembre y 27 de noviembre del corriente año, diciendo que tal concepto —núcleo de población— implica un conjunto urbano con cierto homogeneidad y características diferenciales».

#### IV. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL NÚCLEO DE POBLACIÓN

En las últimas sentencias se trata de justificar la existencia de determinadas circunstancias para que pueda hablarse de núcleo, para diferenciar este supuesto de apertura de farmacia de aquel otro consistente en el hecho de aumentar la población del término municipal en 5.000 habitantes (12). Si no se exigiera requisito alguno para que un núcleo de población de 2.000 habitantes justificara la autorización de una apertura de farmacia—viene a decirse—, no tendría sentido el otro supuesto de aumento de la población en 5.000 habitantes. Pues, antes de ello, el aumento de 2.000 habitantes permitirá la apertura.

El argumento no parece válido. Pues entre uno y otro supuesto se dan diferencias sustanciales, aunque se mantenga la doctrina jurisprudencial tradicional sobre «núcleo de población». En efecto:

a) El supuesto de apertura de farmacia para mejor atender a un núcleo de 2.000 habitantes hace abstracción de que la población del municipio haya o no aumentado. Lo que contempla es que exista un núcleo de al menos 2.000 habitantes, que por la distancia más próxima de cualquiera de las existentes no esté bien atendido. Lo relevante, lo que justificará la autorización por este procedimiento especial es, únicamente, la relación de esos 2.000 habitantes con la farmacia más próxima de las instaladas. La reglamentación parte de que un usuario

---

(12) Concretamente, la sentencia de 22 de septiembre de 1982, en el segundo considerando, declara la no concurrencia de los requisitos exigidos para autorizar la apertura de la farmacia, pues ampararse en el supuesto especial previsto en el apartado 1, b), del artículo 3.º del Decreto de 1978, supondría la violación de la norma específicamente aplicable y contenida en el párrafo anterior del mismo artículo (que es el que regula el supuesto de apertura de una farmacia al aumentar la población en 5.000 habitantes), porque el local donde pretende instalarse la farmacia está dentro del casco urbano.

de la oficina de farmacia no debe tener ésta a una distancia superior a la razonable. Cualesquiera que sean las características que rodean el núcleo, esté o no separado del resto de la población del municipio por accidente alguno.

b) El supuesto de apertura por aumento de la población en 5.000 habitantes, sin embargo, contempla única y exclusivamente el hecho del aumento de la población. No tiene en cuenta para nada dónde ha tenido lugar. Aunque la población no se haya extendido, aunque se trate de un municipio en el que quede aumentada la densidad de población en el casco urbano (o por remodelación urbanística, más intenso aprovechamiento del suelo...) y todos los habitantes estén a una distancia razonable de la farmacia más próxima y no estén separados de ella por accidente alguno.

Lo relevante en este supuesto de apertura, lo único que justifica la excepción al régimen ordinario, es el hecho del aumento demográfico.

c) Dada la finalidad y razón de ser del supuesto de apertura consistente en que esté mejor atendido un núcleo de población de al menos 2.000 habitantes, parece incuestionable que —como ha venido afirmando reiteradamente la jurisprudencia— no ha de exigirse circunstancia especial alguna. Basta que tal número de población tenga la farmacia a una distancia no superior a la razonable.

El exigir una separación como la que exige la Orden ministerial de 21 de noviembre de 1979 puede conducir al absurdo. Porque puede darse el caso de que exista tal accidente de separación —y se den los demás requisitos— y el núcleo como un todo esté más próximo —y, por tanto, mejor atendido— a la farmacia existente que cuando no exista tal accidente. Pensemos en una ciudad lineal en la que, aunque existe continuidad en la edificación por este crecimiento en línea, los habitantes del núcleo en la zona más alejada se encuentran a distancias superiores a la razonable de la farmacia más próxima de las existencias.

En resumen, podemos afirmar que de las declaraciones contenidas en las sentencias pueden sentarse las siguientes conclusiones sobre qué debe entenderse por núcleo de población a efectos de la apertura de farmacias al amparo del artículo 3.º, 1, b), del Decreto de 14 de abril de 1978:

a) Que el Decreto 909/1978 no ha modificado, en cuanto a supuestos o requisitos, el régimen jurídico anterior. Por tanto, «núcleo de población» sigue siendo lo mismo que era anteriormente. La doctrina jurisprudencial aplicando la normativa anterior conserva, pues, su vigencia (13).

(13) El primer considerando de la sentencia de 22 de septiembre de 1982 comienza diciendo:

«Que la problemática jurídica que plantea la presente apelación se circunscribe a determinar si la petición de instalación de la



## APERTURA DE FARMACIA

b) Que lo esencial es que la nueva instalación suponga un mejor servicio a un núcleo de población «con independencia de las características físicas o materiales sobre las que se asienta la población, ya que los supuestos pueden ser diversos (concentración, dispersión, di-seminación, etc.)». Así se expone textualmente en las Sentencias de 22 de junio y 22 de septiembre de 1982.

c) Que en todo caso, según añaden estas dos sentencias, «y esto es lo importante, se exige una valoración en concreto de las circunstancias concurrentes (topográficas o geográficas, zona urbana o rural, climáticas, comunicaciones, medios disponibles, etc.) para poder apreciar fundadamente si la nueva instalación puede ofrecer, en razón de su ubicación, un mejor servicio farmacéutico al núcleo de población que intenta mejorarse y que no cabe entender como una agrupación o núcleo de viviendas formando un conjunto homogéneo y físicamente delimitado, sino que la nueva farmacia se vea rodeada (argumento de la Sentencia de 29 de abril de 1970) de un núcleo o masa de población superior a los 2.000 habitantes, es decir, que todas y cada una de las viviendas que han de servir de base a la petición estén mejor servidas con la nueva farmacia, suponiendo la mayor proximidad una presunción de mejor servicio».

Y, según exponen a continuación (insistimos en que ambas sentencias, en lo que interesa, utilizan términos análogos), «a la vez que es posible, en razón de las características de la zona, que la población aparezca dispersa en un área geográfica y agrupada en más de un núcleo (grupos aislados de casas, aldeas, caseríos, etc.), sin que pueda por ello desautorizar la petición de apertura» (14).

---

nueva farmacia cumple el requisito objetivo especial previsto en el párrafo b) del número 1 del artículo 3.º del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, esto es, existencia de un núcleo de población de, al menos, 2.000 habitantes y que la nueva farmacia vaya a atender de una manera más satisfactoria. A tal efecto, la Sala reitera el criterio que sobre la denominación de "núcleo urbano" contiene la sentencia de 22 de junio de 1982, al sostener que la nueva normativa no altera, en cuanto a presupuestos o requisitos, el régimen jurídico anterior, dado que la norma (párrafo b), número 1, art. 3 del Real Decreto) no establece o impone el requisito de la propia sustantividad o delimitación del núcleo (y menos en el sentido material o físico del conjunto de edificaciones aglutinadas sin solución de continuidad), emplazamiento determinado, etcétera.»

(14) En base a este argumento, la sentencia de 22 de junio de 1982 desestimó el recurso de apelación, declarando, por tanto, conforme a derecho la autorización de apertura de la farmacia solicitada, al exponer:

«Sin que quepa por ello desautorizar la petición de apertura, ya que con la nueva farmacia —como en este caso ocurre— se re-instaura la oficina que ya existió, se acortan las distancias entre los núcleos de población computados y las farmacias existentes, ya que la nueva está más cerca y mejor comunicada en general —mejor camino, dadas las características topográficas—, unido a que también concurre un dato importante para la comodidad, inmediatez y eficacia del servicio, al encontrarse en la propia localidad el facultativo (médico de cabecera) que asiste a la gran

Pero al valorar en concreto las circunstancias concurrentes en el supuesto que analizaba, la Sentencia de 22 de septiembre de 1982 desestimó el recurso, no autorizando, por tanto, la apertura de la farmacia, ya que el local donde pretendía instalarse se encontraba dentro del casco urbano, «existiendo continuidad de edificaciones».

La Sentencia de 21 de septiembre de 1982, partiendo de los mismos argumentos que los transcritos anteriormente al interpretar la norma, exige que el «núcleo de población sea de alguna forma diferenciable como un conjunto homogéneo».

Luego aun cuando bien se interprete el artículo 3.º, 1, b), conforme a la interpretación nacida en aplicación de su precedente legislativo, «que no ha sido modificado», o bien, partiendo de esta misma premisa, se exija expresamente que el núcleo de población ha de ser un conjunto urbano con cierta homogeneidad, lo cierto es que el Tribunal Supremo, de seguir con esta línea jurisprudencial, exigirá la concurrencia de determinadas circunstancias para que pueda hablarse de núcleo. Y esas circunstancias, según afirma la Sentencia de 21 de septiembre de 1982, puede ser de cualquier clase siempre que «hagan penoso o notablemente incómodo la obtención para sus vecinos de la prestación farmacéutica».

Prueba suficiente de la intención, analizada, de las últimas sentencias, que tratan de justificar la existencia de determinadas circunstancias que han de darse en el núcleo de 2.000 habitantes para diferenciar este supuesto de apertura de farmacia de aquel otro consistente en el hecho de aumentar la población del municipio en 5.000 habitantes.

d) No obstante, no será necesario que se den las circunstancias determinadas en la Orden de 21 de noviembre de 1979, artículo 3.º, 2, para que se entienda que exista núcleo de población y pueda autorizarse una nueva farmacia al servicio del mismo.

En efecto, como afirma la sentencia de 21 de septiembre de 1982, el examen de cada caso concreto ha de hacerse «con toda ponderación y flexibilidad», y cuando concurre alguna circunstancia que constate la realidad del defectuoso servicio farmacéutico, aun cuando sea por circunstancias distintas a las contempladas en el mencionado precepto, ha de autorizarse la apertura de la farmacia. Porque los requisitos o circunstancias en ella previstos «deben estimarse como simplemente orientadoras o indicativas y no taxativas e insuperables».

Esperanza GONZÁLEZ SALINAS

---

parte de población en que se funda la petición, razones todas ellas suficientes para entender —tal como la Sala declaró, en el supuesto análogo contemplado, en la sentencia de 19 de enero de 1980—, que el Tribunal de instancia valoró correctamente las diversas circunstancias concurrentes al confirmar el acuerdo del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Las Palmas, que, en sesión de 13 de septiembre de 1979, autorizó a don F. P. C. la apertura de una nueva oficina de farmacia.»