

## CONCLUSIÓN

La exégesis acerca del coste de las prestaciones objeto de los Decretos de Apertura inmediata con carácter de urgencia "C.A.I. Tafira para Menas", Hogar "Guía II", Hogar para Inmigrantes "Cuesta La Higuera", Hogar Maternal "El Monte", Casa de Acogida "El Cerrillo" y Hogar "La Isleta", es la del precio del contrato por plaza y día efectivamente ocupada, siendo conforme a Derecho, en consecuencia, la interpretación realizada por el Cabildo de Gran Canaria.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO DON ÓSCAR BOSCH BENÍTEZ, AL QUE SE ADHIEREN LOS EXCMOS. SRES. CONSEJEROS D. JOSÉ SUAY RINCÓN Y D. LUIS FAJARDO ESPÍNOLA, AL DICTAMEN 210/2003 DEL PLENO (EXP. 181/2003 CA).

### I

El 26 de septiembre de 2003, tuvo entrada en el Consejo escrito de salida 25 de septiembre del Presidente del Cabildo insular de Gran Canaria, mediante el que interesaba -de conformidad con lo dispuesto, por un lado, en los arts. 11.1.D.d), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y por otro, en lo preceptuado por el art. 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, LCAP- preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario en relación con los Decretos de adjudicación por el trámite de urgencia a la entidad mercantil Aeroméica Canaria S.L. de la gestión de 6 centros de acogida (de menores, mujeres e inmigrantes) de los que se da cuenta en el expediente.

### II

1. En todos los Decretos de referencia se fundamenta la urgencia del procedimiento del art. 72 de la LCAP en la masificación de los centros actualmente existentes y a la pareja

situación de peligro -"grave peligro, dice el art. 72.1 LCAP- de los que por una u otra razón se encuentran bajo la tutela o protección de la Administración insular. La parte dispositiva de los citados Decretos contiene dos cláusulas, una de las cuales [la nº 2] es la que motiva la discrepancia entre ambas partes del contrato, aunque, como se verá, la adecuada resolución de la duda que tal cláusula plantea requiere el análisis del resto del clausulado.

En efecto, la cláusula 1 dispone "la apertura inmediata" del centro que corresponda "ubicado" en distintas localidades y direcciones de Gran Canaria, cada uno de los cuales "con una capacidad" que asimismo se indica.

En la segunda cláusula de los referidos Decretos se adjudica "la gestión" de cada centro a la citada entidad mercantil por un importe determinado, según el caso, por "menor y día" o "persona y día"; y en todos los casos, "hasta tanto se pueda formalizar la contratación por los procedimientos legalmente establecidos", críptica fórmula que puede amparar, en estricta interpretación, la "formalización" del contrato adjudicado en emergencia (lo que encajaría en el art. 72.2 LCAP), como una nueva licitación por los procedimientos "legalmente establecidos", una vez afrontada la situación de emergencia.

2. No es el momento de anticipar lo que se quiso decir o lo que dice tal cláusula -que es la tercera- de los Decretos de adjudicación. La cuestión en este momento es determinar a cuánto asciende el importe de la gestión de cada centro, es decir, el precio del contrato adjudicado en emergencia. Cuestión en la que ambas partes sostienen distintas posturas, lo que ha dado lugar justamente al presente incidente de interpretación de la cláusula conflictiva. La duda está en si el precio por día que se ha contratado es por plaza -como sostiene el contratista- o por niño atendido, como por el contrario sostiene la Administración.

La cláusula en principio no puede ser más clara: "por menor y día" y "por persona y día", según los casos, por lo que parece que es la tesis de la Administración la que debe prevalecer. Ahora bien, la respuesta no es ni puede ser tan sencilla. El órgano de contratación ostenta, ciertamente, la prerrogativa de interpretar los contratos. Ahora bien, con lo dicho no basta. Tal facultad se encuentra limitada de forma expresa e implícita tanto por preceptos legales como por principios generales del Derecho; incluso, por principios de la propia contratación administrativa que acotan de tal forma la potestad administrativa de interpretación de los contratos que ésta no puede ser entendida como la interpretación auténtica del contrato, sino como la interpretación "provisional", pues la "última palabra le corresponde a los Tribunales (STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2001). No es por ello una "facultad decisiva y decisoria . . . porque también la contratación administrativa está sujeta al principio esencial del equilibrio objetivo en las prestaciones" (STSJ de Andalucía de 21 de mayo de 2001).

3. A tales efectos, en primer lugar debe señalarse que si conforme al art. 1281 del Código Civil, los términos de un contrato son claros y "no dejan lugar a dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas" de interpretación contenidas en los arts. 1282 y siguientes del Código Civil, "que funcionan con el carácter de normas subsidiarias respecto a lo que preconiza la interpretación literal" (STS de 14 de noviembre de 2000). Sólo cuando no existe tal certeza, habrá de acudirse a los otros parámetros de interpretación a fin de averiguar la "verdadera y real voluntad de las partes para establecer el alcance y contenido de lo pactado" (STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 2001).

Y para llegar a esa conclusión en este caso se deberá estar, entre otros, a los principios

de "proporcionalidad" (congruencia entre los hechos y sus consecuencias) y "equidad"; la doctrina de los "actos propios", los "actos coetáneos y posteriores al contrato"; que la interpretación del contrato "no debe favorecer a la parte causante de la oscuridad" (STS id.); así como los principios de "buena fe y confianza legítima" (art. 3.1 LRJAP-PAC).

Pues bien, pese a que la cláusula que motiva el incidente de interpretación parece clara y no ofrece dudas, el mantenimiento de la interpretación literal -que es la que sostiene la Administración- conculcaría los principios a los que se ha hecho mención, por lo que debe analizarse el expediente completo, en todos sus aspectos, a fin de encontrar cuál fue la real voluntad de las partes.

### III

1. Ha de partirse del dato inicial de que los Decretos de referencia son la expresión formal inicial de una contratación tramitada por el procedimiento de emergencia (art. 72 LCAP) en la que cabe, como excepción de la regla, la contratación verbal (art. 55 LCAP). La perentoriedad de la adopción de las medidas materiales objeto de un contrato de emergencia conlleva necesariamente una atenuación del rigor formal y por ello de la necesaria precisión a la hora de fijar de forma indubitaba los elementos esenciales del contrato; entre ellos, el objeto y el precio (art. 1261 del Código Civil). Por supuesto que incluso en esa eventualidad la Administración debiera haber formalizado los acuerdos de manera más precisa, pues debe recordarse que la interpretación de los contratos "no deberá favorecer a la parte que hiciese ocasionado la oscuridad" (art. 1288 del Código Civil).

Hay aspectos esenciales del contrato que al parecer sólo han tenido expresión verbal -como se desprende de los escritos de la empresa adjudicataria-, pero cuyo concurso o inexistencia determinaría una u otra solución.

Cierto que existen otros indicios en las actuaciones que ayudarían a decantar la solución en uno u otro sentido, pero el inconveniente de la contratación verbal -en la contratación de emergencia, única en la que se permite- es el de su prueba.

2. Por otra parte, no estamos ante un contrato típico de prestación de servicios mediante la vinculación de ambas partes a un contrato administrativo de tal naturaleza. Los Decretos proceden a la "apertura inmediata con carácter de urgencia" de los centros, adjudicándose la gestión a la empresa adjudicataria. En un seguimiento lineal de los acuerdos, parece como si los centros fueran de titularidad o responsabilidad pública -pues es el Cabildo quien los abre de forma inmediata-, concediéndosele la gestión a la empresa citada. Pero no es así.

Antes de los Decretos de referencia, la Administración y la posterior empresa adjudicataria sostuvieron conversaciones y negociaciones -propio de una contratación de emergencia- que concluyeron en que la empresa adjudicataria buscaría los locales, los alquilaría y remodelaría conforme las instrucciones de la Administración y, finalmente, gestionaría la prestación de los servicios asistenciales objeto último de la prestación.

Pues bien, los Decretos no evidencian y expresan esa realidad pre contractual, ignorándola. De hecho, podríamos entender que estamos ante dos negocios distintos, pues todas las actividades preparatorias pueden entenderse como expresión de gestión de negocios ajenos (arts. 1888 a 1894 del Código Civil) que faculta "el ejercicio de una acción in rem verso" (STSJ de Cantabria de 11 de marzo de 1999) contra la Administración que, consecuentemente, debe abonar el gasto. Cuestión distinta, que es a la que se contrae la cuestión cuya interpretación se somete a la consideración de este Consejo, es a cuánto

asciende el precio de esa gestión.

3. No se trata, como se ha dicho, de que el contratista pone a disposición del contrario sus propios medios percibiendo un precio por gestión en el que se encontraría incluido, lógicamente, el coste real de la misma y el legítimo "margen industrial" (STS de 4 de julio de 2003). Fue la Administración la que dispuso el número de plazas de cada centro que era imprescindible para hacer frente a la situación de emergencia. La Administración podía haber dicho, simplemente, que la emergencia obligaba a la apertura de los centros que fueren precisos, conforme a las especificaciones que resultan de la legislación específica (Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, LAIM) y, en consecuencia, el precio pactado por menor/día correspondía a menor atendido, no a plaza disponible. Como se dijo, conforme a las instrucciones recibidas el adjudicatario, con carácter previo, habilitó y la Administración dio el visto bueno, a las instalaciones, que fueron abiertas para la atención de un determinado nº de menores que en cada caso se señalaba en los Decretos de apertura. Es decir, el número de menores que debían atender fue objeto de la adjudicación de emergencia; número que, como se ha dicho, expresaba la situación de emergencia a la que se intentaba hacer frente.

Dicho esto, si contrastamos la información que obra en las actuaciones con los principios que se han indicado, podemos llegar a idéntica conclusión; es decir, a la conclusión de que la interpretación administrativa de la cláusula cuestionada no se atempera a la realidad de los hechos, ni a la hermenéutica ponderada que exige la consideración de ciertas variables, como los actos y conductas de ambas partes.

4. Una interpretación radical de la tesis de la Administración significaría que en el precio menor/día (66,71 €, en el caso del Hogar La Isleta) estarían comprendidos los gastos pre contractuales y los gastos de gestión de los

menores realmente atendidos. En esa tesis, si el centro en algún momento no tuviere ningún interno el adjudicatario no recibiría precio alguno, lo cual quebraría los principios de proporcionalidad y equidad, así como el de proscripción del enriquecimiento injusto de la Administración; además de consistir en una interpretación "ad absurdum" (STS de 11 de septiembre de 1979), pues nadie contrataría a sabiendas de que el lucro empresarial podría ser negativo.

Claro que lo primero que habría que dilucidar es la contraprestación, todos los conceptos, a que responde el precio, es decir, no sólo si es menor/plaza por día -que es a lo que en apariencia se contrae la consulta-, sino si en el mismo se computa o se pretende computar los gastos pre contractuales realizados por el posteriormente adjudicatario. Si no están contemplados, los mismos deben abonarse en concepto de gestión de negocios ajenos; si están -que no es lo que parece- es obvio que el precio pactado debiera singularizar ambos conceptos, lo cual no se hace.

En suma, la interpretación administrativa de la cláusula quiebra el equilibrio del contrato de forma tal que debe haber otra interpretación posible, porque la que propone la Administración, además, vulnera los principios de buena fe y de confianza legítima, pues según manifiesta el adjudicatario todo el procedimiento de adjudicación de emergencia fue precedido por negociaciones y pactos verbales, no negados por la Administración, de los que resultaba que el precio pactado era el de plaza/día. Es más, en las actuaciones -las concernientes al centro El Monte- existe un informe, cuyo objeto era la idoneidad de la entidad mercantil para ser adjudicataria de una gestión como la señalada, en el que se efectúa una valoración de los contratos siendo el criterio utilizado el de plaza/día y no el que ahora se pretende aplicar menor/día.

#### IV

1. Por supuesto, la Administración no está sometida a sus actos si éstos son ilegales, pues no cabe adquisición de derechos en tal circunstancia. Si hubiera habido acto expreso, el procedimiento sería el de revisar de oficio el acto ilegal; pero si no hubo acto expreso pero sí informe previo del que se desprende determinada interpretación de cierta cláusula, la Administración no puede cambiar de criterio de forma inmotivada, simplemente porque la nueva interpretación le resulta más ventajosa desde el punto de vista económico. Una vez que el adjudicatario presentó su facturación en razón de lo acordado verbalmente y lo informado por la propia Administración, ésta le devuelve la documentación con ruego que rectifique el criterio de facturación, en los términos señalados y que han dado lugar al presente incidente contractual.

A lo dicho se debe añadir que en caso de duda la "intención evidente de los contratantes prevalecerá sobre [las palabras]" (art. 1281 del Código Civil); las palabras dudosas se interpretarán en "el sentido que resulte del conjunto de todas" (art. 1285 CC); y, nuevamente, que las cláusulas oscuras no deben favorecer "a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" (art. 1288 CC).

Finalmente, como la duda recae sobre "el objeto principal del contrato" si conforme a los anteriores criterios no pudiese solventarse la cuestión, el contrato sería "nulo" (art. 1289 CC), con los efectos que se señalan en los arts. 1300 y ss. del Código Civil.

Este Consejero considera, sin embargo, que de las actuaciones se desprenden suficientes indicios que abundan en el hecho de que el precio del contrato era por plaza/día y no por menor-persona/día.

2. Ahora bien, debe traerse a colación una cuestión -apuntada en el expediente- que se

plantea en las actuaciones concernientes al centro El Monte y en las que obra informe -al que se hizo antes referencia tangencialmente- en el que se señala la incapacidad de la empresa contratista para ser adjudicataria de los contratos en cuanto tengan por objeto la atención de menores; pues otra cosa no se desprende de los arts. 83.1, 95 y 96 de la citada LAM, así como del Decreto 130/1999, de 17 de junio, por el que se regula la Habilitación de las Entidades colaboradoras de atención integral a menores.

De tal regulación resulta que sólo "fundaciones y asociaciones de carácter no lucrativo" que hayan sido así reconocidas por la Administración autonómica pueden desempeñar actividades y tareas de atención integral a los menores. Siendo así que la adjudicataria es una sociedad de responsabilidad limitada y, por ello, de naturaleza mercantil a la que es consustancial el lucro.

Tal extremo sugiere un doble género de comentarios.

De una parte, la invalidez del contrato bien de índole administrativa (arts. 61 y 62 LCAP) o civil, en su caso (art. 66 LCAP).

De otra, que sería coherente con que las entidades prestatarias de los servicios de atención a menores sean entidades sin ánimo de lucro el que el precio sea por menor/día y no por plaza/día. Abunda ello pues en el hecho de que la Administración ha efectuado una interpretación errada de la cláusula cuestionada. Sólo que en este caso, el contrato

sería inválido y habría que pasarse por las consecuencias propias en Derecho.

3. Curiosamente, fue en el mismo informe en el que se advirtió de tal grave irregularidad cuando interpretó la Administración que el precio era de plaza/día y no menor/día. Seguidamente, la Administración cambia de criterio interpretativo sin pronunciarse sobre la ilicitud del contrato. Lógicamente, se supone que el cambio de criterio no tiene vinculación alguna con la ilicitud del contrato; algo así como una suerte de pacto, inalicible por otra parte: rebajamos el precio del contrato a cambio de no declarar la ilicitud del mismo. No es sino una presunción o simple sospecha, pero desde luego sorprende que concurriendo una causa de ilicitud contractual la Administración no ya no inicie de oficio el procedimiento que corresponda, sino que tan siquiera se pronuncia sobre ella.

No podemos ir más allá en este punto, pues no es el objeto de la consulta. Pero la Administración debe asegurarse no sólo que no se excede de sus facultades de interpretación, sino que debe tener asimismo presente las consecuencias que de su proceder se podrían derivar, bien vía reclamación de responsabilidad patrimonial, bien a través de una revisión de oficio a instancia de parte, procedimiento al que puede ser propio el incidente indemnizatorio (art. 102.4 LRJAP-PAC).

Este es nuestro voto particular por el que disiento de la mayoría del Consejo, voto que firmo y rubrico en la misma fecha y lugar del Dictamen del que me aparto.

### 3.4.- OTROS DICTÁMENES

#### 3.4.1- RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Durante el ejercicio correspondiente al año 2002 se solicitó un Dictamen sobre el asunto del epígrafe por el Presidente del Gobierno, cuya síntesis se transcribe a continuación:

D I C T A M E N 48/2002

*Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social (EXP. 42/2002 RD)\*.*

1. Por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno se solicita preceptivamente Dictamen sobre la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 79 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (LM).

La solicitud de Dictamen se acompaña de la certificación del acuerdo del Consejo de Gobierno, de 25 de marzo de 2002, cuya parte dispositiva expresa:

*"1. Encomendar a la Dirección General del Servicio Jurídico la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por establecer en su artículo 79 una nueva redacción al anexo de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en el que se incorpora como puerto de interés general el de "Guía de Isora", incumpliendo los requisitos establecidos en los artículos 2 y 5.1 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y conculcando la distribución competencial efectuada en materia de puertos por los artículos 149.1.20ª y 148.1.6ª de la Constitución, en relación con*

*el artículo 30.22 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Canarias.*

*2. Solicitar simultáneamente dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias respecto a la interposición del recurso de referencia, por el trámite de urgencia".*

La legitimación del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno para solicitar el Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y su carácter preceptivo resulta de los arts. 3.1, 10.4 y 11.1 de la Ley del Consejo Consultivo (LCC).

2. La fundamentación del antedicho Acuerdo gubernamental es la siguiente:

*"Visto que el artículo 79 de la citada Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social da una nueva redacción al anexo de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (B.O.E. nº 283, de 25 de noviembre), en el que se recoge la relación de los puertos de interés general, que son de competencia exclusiva de la Administración General del Estado.*

*Visto que entre dichos puertos de interés general figura el denominado "Guía de Isora", constatándose que, en la actualidad no existe en el citado paraje del litoral canario abrigo natural o artificial, ni hay tráfico portuario, así como ninguna instalación portuaria o marítima, no cumpliéndose, por tanto, los requisitos establecidos en los artículos 2 y 5.1 de la citada Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante para poder considerarlo como puerto marítimo, por lo que calificarlo de interés general constituye una extensión indebida de las competencias del Estado en materia de*

*puertos, conculcándose la distribución competencial efectuada en materia de puertos por los artículos 149.1.20ª y 148.1.6ª de la Constitución, en relación con el artículo 30.22 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Canarias".*

## II

1. La finalidad del Dictamen previsto en el art. 10.4 LCC es determinar la procedencia de la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Por ende, se ha de analizar la constitucionalidad del precepto legal que se pretende impugnar, siendo el parámetro a utilizar para su examen la normativa de la Constitución (CE) y, además del Estatuto de Autonomía (EAC), las demás Leyes integrantes del llamado "bloque de la constitucionalidad"; esto es, aquellas que se establecen, de conformidad con la regulación constitucional, delimitando competencias por ella previstas en la forma asimismo explicitada en ella (cfr. artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC).

Así sucede cuando el legislador estatal, en ejercicio de la competencia del Estado para dictar legislación básica o legislación plena en ciertas materias, establece normas que determinan o especifican el alcance de su ámbito regulador, concretando expresiones recogidas en las disposiciones constitucionales correspondientes, sin perjuicio de que tales normas puedan ser susceptibles de control de constitucionalidad por el TC.

Naturalmente, esta legislación es susceptible de ser modificada por el Estado habilitado por idéntico título competencial, con los mismos límites o requisitos, que permitió su establecimiento; razón por la que, siendo también posible el control por el TC de la Ley sin embargo la normativa modificada no puede servir de parámetro a ese fin. No ya porque, siendo aprobada por un acto legislativo, puede quedar sin vigencia, a cualquier fin o efecto, por otro acto igual y posterior que, pudiéndolo

hacer, la deroga, sino porque una Ley nunca podrá disponer o contener las condiciones de validez, procedimentales o sustantivas, de otras Leyes formales del Parlamento en la misma materia o con el mismo objeto, al carecer de supremacía formal sobre ellas.

2. No obstante, una Ley estatal vigente, y no derogada, puede servir, indirectamente y en su caso, de parámetro para determinar la corrección constitucional de otra Ley estatal posterior que no modifica su regulación sustantiva, sino que, antes bien, se dicta presuponiendo su existencia y aplicación, de modo que en realidad viene a aprobar una norma que la aplica o que altera una parte de la misma según sus propias disposiciones.

Precisamente, el art. 79 LM no se dicta en orden a modificar la regulación sustantiva de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante (LPMM), sino que se limita a incidir en su Anexo, que relaciona los puertos que son de interés general del Estado en aplicación de los preceptos de la misma al respecto, especialmente los contenidos en los arts. 2 y 5.

Es evidente que, si modificara estos preceptos, podría ser objeto de recurso de inconstitucionalidad, no en relación con su regulación como se ha expuesto, sino con las normas constitucionales que establecen la competencia estatal en la materia y, en su caso, los estatutarios que, con base institucional, asumen competencia autonómica en ella.

Pero, si no lo hiciera, aun podría ser cuestionado por ser arbitrario y generar inseguridad jurídica al apartarse o desconocer la normativa vigente que es su presupuesto, modificando un Anexo establecido con arreglo a ellos sin tenerlos en cuenta. Y, eventualmente, por vulnerar al hacerlo competencias autonómicas sobre puertos o el litoral de la Comunidad Autónoma (arts. 148.1.6ª CE y 30.22 EAC).

3. En este orden de cosas, el art. 149.1.20ª CE atribuye competencia exclusiva al Estado sobre los puertos de interés general. Consecuentemente, al legislador estatal compete definir el interés general en este contexto y, por ende, puede determinar qué puertos merecen dicha calificación de acuerdo con esa definición o los criterios correspondientes, así como el mecanismo para su descalificación cuando proceda y, es claro, la ubicación y construcción de nuevos puertos de titularidad estatal o la ampliación de los ya existentes (STC 40/1998).

Pues bien, el Estado ha ejercido esta competencia exclusiva, definiendo el legislador estatal qué puede entenderse por puerto marítimo y cuándo efectivamente puede ser considerada su existencia y autorizado su funcionamiento (art. 2.1 y 2, LPMM) y cuáles son los puertos de interés general, que figurarán en el Anexo de la Ley, por serles de aplicación alguna de las circunstancias que explicita (art. 5.1, LPMM), así como cuál es el motivo y procedimiento del cambio de clasificación de un puerto, pasando a ser de titularidad de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ubique (art. 5.2 y 3, LPMM).

Por consiguiente, sin que el legislador estatal no derogue o reforme antes esta regulación no puede producirse la ampliación legal del Anexo en cuestión, incorporando un nuevo puerto calificado de interés general, sin aplicarse las previsiones al respecto de la LPMM, perfectamente válidas (STC 40/1998) y vigentes; es decir, no sería constitucionalmente adecuado modificar legalmente el Anexo para incluir una instalación que no sea un puerto o una que, siéndolo, no le sea aplicable la circunstancia pertinente, afectándose además la titularidad autonómica del puerto afectado. Lo que es extensible a la construcción de un puerto de interés general, en relación con las competencias autonómicas en la zona reconocidas por la propia LPMM

(arts. 20 a 22), o a la ampliación de alguno con esta calificación o, aun más, sin ella.

Obviamente, la Comunidad Autónoma (CAC) no podría objetar la calificación legal de interés general de un puerto existente o el mantenimiento legal de la misma, ni la construcción de uno con esa calificación, si el legislador estatal procede de acuerdo con las normas vigentes en la materia, cualesquiera que sean en cada momento y sin perjuicio, se insiste, de que se podría objetar la constitucionalidad de ellas mismas ante el TC a la luz de la Constitución y, a partir de ella, del Estatuto de Autonomía.

### III

1. El puerto de Guía de Isora fue declarado de interés general por la Ley 62/1997, de 26 de noviembre, que modificó la LPMM. Entre las modificaciones figuró la inclusión, en el apartado 11 del Anexo de la LPMM, de los puertos de Guía de Isora y de Timirijaque. El art. 79 LM modifica este Anexo eliminando de su apartado 11 la mención del de Timirijaque. La técnica a la que recurre para operar esta modificación consiste en reproducir el texto del Anexo anterior sin mencionar los puertos que han perdido el carácter de interés general, cuyo cambio de clasificación lleva a cabo el Gobierno estatal al amparo y de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 5.2 LPMM, a través del Real Decreto 1046/1994, de 20 de mayo, para los puertos Andaluces de Ayamonte, Punta Umbría y Rota, y mediante el Real Decreto 233/2000, de 18 de febrero, para los de la Comunidad Autónoma de Valencia, para los puertos de Torreveja (Alicante) y Vinaroz (Castellón).

El art. 79 LM se limita a reiterar la declaración de interés general del puerto de Guía de Isora que ha estado clasificado como tal desde la aprobación de la citada Ley 62/1997, por la aceptación de la enmienda de los Grupos Parlamentarios EAJ-PNV y Coalición Canaria en el sentido expuesto, por lo que carece de

base fáctica y jurídica la argumentación del recurso, máxime existiendo un proyecto de Puerto Comercial "Isora", en su primera fase, con 4 atraques de 150 m y un dique de abrigo con 1.000. m. de longitud.

El instrumento jurídico adecuado para la modificación de la clasificación del puerto de Guía de Isora como de interés general, de existir razones justificativas para una iniciativa de tal naturaleza, sería, más bien, el previsto en el apartado 2 del art. 5 LPMM, en base a la alteración de las circunstancias que determinaron su catalogación legal, que ponga de manifiesto la ausencia actual de interés

general en el citado puerto, permita el cambio de clasificación y deje sin efecto su inclusión en el Anexo de la LPMM; y no a través del recurso de inconstitucionalidad ya que, como se ha expresado, el art. 79 LM no incurre en vicio alguno en el proceso de formación de la Ley, en particular por inobservancia de las reglas constitucionales de competencias legislativas que señalan las diversas áreas de actuación del legislador estatal o regional y las limitaciones competenciales respectivas.

## CONCLUSIONES

1.- Tal como se razona en los Fundamentos II y III del Dictamen, el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 24/2001, por establecer en su artículo 79 una nueva redacción al Anexo de la LPMM, carece de la fundamentación precisa para su viabilidad, a la vista de los antecedentes remitidos al Consejo para su pronunciamiento.

2.- La declaración legal del puerto de Guía de Isora como de interés general, inicialmente efectuada a través de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, y finalmente por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, no vulnera la distribución constitucional de competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Canarias en la materia establecida por los arts. 149.1.20ª de la Constitución y 30.22 del Estatuto de Autonomía.

3.- La inexistencia de vicio alguno en el proceso de formación de la Ley a recurrir, en relación con su art. 79, determina que la modificación de la clasificación de interés general del Puerto de Guía de Isora debería realizarse, en su caso, a través del procedimiento previsto en el apartado 2 del art. 5 de la citada LPMM.

### 3.4.- OTROS DICTÁMENES

#### 3.4.2- RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

DICTAMEN 176/2002

(Pleno)

*Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Parlamento de Canarias en relación con la Consulta Parlamentaria en relación con la legislación en materia de Espacios Naturales (EXP. 150/2002 CP)\*.*

Mediante escrito de 23 de octubre de 2002, el Excmo. Sr. Presidente del Parlamento de Canarias interesa, al amparo de lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen facultativo sobre el alcance del art. 15 de la Ley estatal 14/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y fauna Silvestres [LEN]; particularmente sobre si la modificación por ampliación de alguno de los espacios naturales protegidos exige la previa elaboración de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN), como se exige para su creación.

#### II

1. Los mencionados preceptos de la LEN, que tienen carácter básico [Disposición Adicional 5ª LEN], han sido objeto de desarrollo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias [TRLOTEN]. No existe en tal Texto Refundido precepto alguno que regule el procedimiento y requisitos de la modificación de un espacio natural protegido ya declarado. Pero tal omisión -lejos de significar la ausencia de una y otra clase de exigencias- sólo puede tomarse como que éstas son las que la LEN dispone para su declaración, ya que una ampliación comporta, por definición, la determinación de una nueva

parte del territorio como espacio natural, aunque anexa a uno ya existente y no escindible del mismo.

En todo caso, al propósito que aquí interesa procede tener en cuenta si el Espacio Natural cuya ampliación se pretendería cuenta ya con su correspondiente PORN, pues, de ser así, serviría éste para el nuevo espacio, aunque adaptado adecuadamente mediante la pertinente modificación (art. 4 LEN). Es más, de no haber sido aún aprobado, bastaría con efectuar tal adaptación antes de su aprobación.

Asimismo, ha de advertirse que el Espacio Natural que se desea ampliar pertenece a la categoría Parque o Reserva Natural, ya que las otras tres categorías del género Espacios Naturales (Monumentos, Paisajes y sitios de interés científico, arts. 12 LEN y 48.3 TRLOTEN) no requieren PORN.

2. Pues bien, la respuesta a la pregunta planteada a este Organismo ha de ser -en principio y salvo la excepción a la que luego se hará referencia- positiva, en el sentido de que sí es necesaria la redacción, con carácter previo, de un PORN para la modificación por ampliación de alguno de los Espacios Naturales Protegidos. Y ello, por lo siguiente:

En primer lugar, es clara la dicción del art. 15.1 LEN al exigir "la previa elaboración del correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona" para la declaración de Parques y Reservas Naturales. Además, atendiendo a una exégesis teleológica de la norma (art. 3.1 del Código Civil), es claro que "el espíritu y finalidad" de la LEN es el desarrollo sostenible, implicando la conjugación de la protección medioambiental y la explotación racional de recursos [arts. 2 y 3 LEN]. Tal necesaria conjugación presupone

conocer el estado tanto del entorno natural, como de los recursos explotables; lo que hace coherente la exigencia de la redacción de una planificación de recursos con carácter previo para la declaración de un espacio como natural protegido.

En esta línea, es evidente la necesidad de contar con tal instrumento para conocer exactamente los términos de la protección medioambiental y los usos compatibles con esa preferente función protectora (art. 2 LEN). Tal es así que las determinaciones de tales planes prevalecerán sobre las estrictamente territoriales y urbanísticas (art. 5.2 LEN). No cabe duda que a esta finalidad de protección responden los objetivos y contenido del planeamiento de los recursos naturales (art. 4 LEN) en orden a adecuar su gestión y, por ende, de los espacios naturales a los principios de la Ley (art. 2), entre ellos el sometimiento de cualquier actuación pública a los diferentes planes e instrumentos de ordenación y el deber de respetar y conservar los espacios naturales.

En fin, si cualquier actuación pública en la zona afectada debe respetar las determinaciones del PORN, es obvio que la ampliación de un espacio natural protegido requiere la previa readaptación de ese plan en orden a alcanzar sus fines protectores y, consiguientemente, garantizar la limitación de actuaciones en el nuevo espacio que, a través de dicha readaptación, se define y determina (art. 4 LEN).

2. No obstante, en determinadas circunstancias la antedicha exigencia ordinaria puede excepcionarse limitadamente, cumpliéndose ciertos requisitos legalmente fijados. Así, el art. 15.2 LEN admite que, excepcionalmente, pueda efectuarse la declaración de un Parque o Reserva sin redacción previa del PORN, siempre que existan razones que lo justifiquen, requisito material, y que se hagan constar las mismas en la norma que lo declare, requisito

formal. Además, configurándose esta excepción como una dispensa temporal, el PORN ha de tramitarse en el plazo de un año a partir de tal declaración.

Pues bien, manteniendo una postura flexible favorable al proteccionismo pretendido y deseado, el Tribunal Constitucional ha interpretado esta regulación excepcional con gran amplitud. Así, la STC 163/95 fue favorable a la constitucionalidad de la Ley 2/89, del Parlamento de Andalucía, que aplicó dicha regulación, aún cuando ésta efectuaba la correspondiente declaración por la mera "urgencia de la adopción de medidas tendentes a la protección de los Espacios Naturales de Andalucía", pues el TC entendió que esta manifestación del legislador supone tanto la existencia de la razón justificadora de la excepción, como el cumplimiento del requisito de carácter formal, máxime cuando se plasmaba mediante Ley formal.

También, como antecedente de interés, debe citarse el caso de la Ley 6/92 de 27 de Marzo, declaratoria de la Reserva Natural de las Marismas de Santoña y Noja (Cantabria) que igualmente se aprobó sin previo PORN.

En definitiva, prevista por la normativa básica la excepción citada respecto a la declaración de Parque o Reserva Natural y admitida su uso en las condiciones expuestas por el TC, es claro que dicha excepción, con mayor motivo si cabe por la menor entidad de lo pretendido, ha de poder ser utilizada, aún cuando con idénticos requisitos y límite temporal, para la simple ampliación de un existente Espacio Natural, siendo en su caso al efecto predicable lo expresado sobre el PORN en el Fundamento II, punto 1, párrafo segundo de este Dictamen.

3. Problema distinto parecería que podría plantear el hecho de que, por ser declarados con anterioridad a la entrada en vigor de la LEN, existiera algún espacio natural respecto

al que no se hubiese redactado un PORN y que ahora se pretendiera ampliar.

La Disposición Transitoria de la LEN no se refiere expresamente a ello, pero, vistos sus apartados 1 y 2 conjuntamente con una interpretación sistemática y finalista de sus preceptos sobre los fines de esta Ley y sus principios rectores o inspiradores (art. 1, 2 y 4), ha de concluirse que, disponiendo el Espacio Natural afectado de un Plan Rector de Uso y Gestión, con el contenido previsto en el art. 19, de ser un Parque, y observando la definición legal de la Reserva Natural (art. 14 LEN), ha de aprobarse una adaptación del Plan Rector en el primer caso o de la normativa declaratoria de la Reserva en el segundo, en ambos casos en función de una planificación de recursos naturales referente a la ampliación propuesta.

## CONCLUSIONES

1.- La ampliación de alguno de los Espacios Naturales Protegidos (Parque o Reserva) requiere la previa modificación o, en su caso, elaboración del correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona afectada.

2.- No obstante, podrá efectuarse tal ampliación sin la exigencia anterior, demorándose el Plan durante un año, cuando existan razones que lo justifiquen y se hagan constar expresamente en la norma que efectúe la declaración.

## 3.4.- OTROS DICTÁMENES

### 3.4.3- CONSULTAS GUBERNATIVAS

#### DICTAMEN 90/2003

(Pleno)

*Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la consulta gubernativa relativa a determinadas cuestiones sobre autorizaciones de farmacia (EXP. 94/2003 GC)\*.*

1. El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno solicita Dictamen facultativo "acerca de la solución normativa que deba darse a los expedientes que iniciados al amparo del artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, y cuya tramitación ha sido admitida expresamente por la Administración competente, su resolución se

produce al tiempo en que está en vigor la nueva normativa autonómica recogida en el Decreto 258/197 y Orden de 16 de abril de 1999, debiendo tenerse en cuenta a la hora de solventar la cuestión planteada, no sólo la repercusión que sobre dichos expedientes presenta la nueva normativa, sino la posibilidad de ampliar numéricamente el número de autorizaciones conforme al Mapa Farmacéutico, máxime teniendo en cuenta que dichos expedientes quedaron temporalmente paralizados por el Decreto Territorial 216/1996, de 1 de agosto, a la espera de la aprobación de la planificación farmacéutica.

Como complemento a la expresada consulta, y en el supuesto de aplicar de forma positiva a dichos expedientes administrativos el criterio de incrementar el número de autorizaciones de oficinas de farmacias según las previsiones recogidas en el Mapa Farmacéutico de Canarias en vigor, se solicita que se determinen los criterios para fijar la prioridad en el caso de concurrir un número de solicitantes superior al de autorizaciones, señalándose los parámetros o instrumentos que puedan servir de criterio determinante de la resolución a adoptar."

La legitimación para la solicitud del Dictamen, su carácter facultativo y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan del art. 14 de la Ley del Consejo Consultivo, 5/2002, de 3 de junio.

## II

El objeto de la consulta persigue que el Consejo Consultivo de Canarias exprese su parecer sobre el alcance e interpretación jurídica que deban atribuirse a los expedientes administrativos de autorizaciones de farmacia iniciados al amparo del art. 3.1.B) del RD 909/1978, teniendo en cuenta la incidencia que sobre éstos se haya producido por el "cambio normativo", Decreto 258/1997 y singularmente con la posibilidad de incrementar numéricamente el número de autorizaciones, para su adecuación con el denominado "Mapa farmacéutico" de Canarias (Orden de 15 de abril de 1999).

Con carácter previo, se hace necesario expresar:

1º. Que el RD 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión e integración de las Oficinas de Farmacia, sigue, en gran medida, a los Decretos de 1941 y 1957 (con habilitación legal en la base decimosexta de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944), estableciendo una serie de límites a la libertad de establecimiento de nuevas Oficinas de

Farmacia, RD de 1978 que ha constituido, hasta la reforma de los años 1996-1997, el eje y la normativa básica en la materia.

2º. La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 24 de julio de 1984, dispone que la regulación y limitaciones al establecimiento de Oficinas de Farmacia no infringe la Constitución, salvo la habilitación al Gobierno para establecer, mediante Reglamento limitaciones que incidan en el ejercicio de una profesión titulada (farmacéutico) reservada a ley (art. 36 CE).

3º. La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencia exclusiva en materia de "ordenación de establecimientos farmacéuticos" (art. 30.31, Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre).

4º. El RD-Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del Servicio farmacéutico a la población, constituyó la legislación básica sobre sanidad (art. 149.1.16 de la CE) atribuyendo a las CCAA competencia para establecer criterios de planificación para la autorización de Oficinas de farmacia con referencia a las unidades básicas de atención primaria y en base a módulos poblacionales y a distancias entre oficinas de farmacia para las zonas urbanas, dejando, en consecuencia, vigente el RD 909/1978, de 14 de abril, para las zonas no urbanas.

5º. En la Ley 16/1997, de 15 de abril, de Regulación de Servicios de Oficinas de Farmacia, que deroga el RD-L 11/1996, dejan de ser básicos los módulos mínimos establecidos por la normativa estatal, que no vinculan a las CCAA que ostenten regulación propia y específica en este extremo. No obstante, se atribuye carácter básico a los criterios que han de precisar la planificación farmacéutica y permite que las CCAA puedan, con amplia autonomía, a través de la planificación farmacéutica, establecer módulos de población inferiores, para determinadas zonas (rurales, turísticas, comunes, etc.) al desaparecer la distinción entre zonas urbanas y zonas no urbanas.

5º. En la Ley 16/1997, de 15 de abril, de Regulación de Servicios de Oficinas de Farmacia, que deroga el RD-L 11/1996, dejan de ser básicos los módulos mínimos establecidos por la normativa estatal, que no vinculan a las CCAA que ostenten regulación propia y específica en este extremo. No obstante, se atribuye carácter básico a los criterios que han de precisar la planificación farmacéutica y permite que las CCAA puedan, con amplia autonomía, a través de la planificación farmacéutica, establecer módulos de población inferiores, para determinadas zonas (rurales, turísticas, comunes, etc.) al desaparecer la distinción entre zonas urbanas y zonas no urbanas.

6º. La situación existente en la Comunidad Autónoma de Canarias al haber regulado a través de reglamento y no mediante ley, la planificación y la ordenación farmacéutica, determina que tal normativa reglamentaria se adecue al marco normativo estatal y acate los criterios establecidos en los párrafos 1, 2 y 5 del art. 1 de la Ley 16/1997.

7º. El art. 3.1.b) del Decreto 14 de abril de 1978, es una regla excepcional (al número 1 del mismo artículo) con el fin de eludir el criterio general cuya justificación se ampara si la autorización de la farmacia que se pretenda instalar "vaya a atender a un núcleo de población de, al menos, dos mil habitantes", de forma "que cualquier posible autorización o apertura con base en lo previsto en el citado apartado o por su concepto, anulará la posibilidad derivada del incremento de la cifra de habitantes" (art. 3.3).

El procedimiento para la autorización se inicia a petición de parte interesada y en el supuesto del apartado b) del número 1 del art. 3, en el caso de coincidencia de dos o más peticionarios sobre el mismo núcleo de población, se resuelve a favor del Farmacéutico a cuya instancia se haya iniciado el expediente (art. 4º.3.1º).

8º. En el Decreto 258/1997, de 16 de octubre, las zonas farmacéuticas se ajustarán, preferentemente, a las Zonas Básicas de Salud. En las zonas farmacéuticas que coincidan en su totalidad con núcleos continuados de población superior al módulo fijado, podrá autorizarse una nueva oficina de farmacia (art. 11). El procedimiento para la autorización de las oficinas de farmacias se iniciará de oficio (art. 20) y se otorgará mediante concurso público (art. 21).

9º. El contenido del Mapa Farmacéutico de Canarias, Orden de 15 de abril de 1999, tiene carácter vinculante y en él se consideran además del número de habitantes, la clasificación de la zona (Ordinaria o Especial), módulo de población aplicable, distancia, número de oficinas de farmacia, condicionamientos geográficos y Centros de Atención Primaria y Consultas Locales radicados en la zona.

10º. El RD 909/1978, de 14 de abril, se mantiene vigente, parcialmente, respecto a la autorización de apertura de oficinas de farmacia, al amparo del art. 3.1.b), para determinados expedientes incoados a su amparo, si bien desde el prisma del derecho sustantivo no deberá alterar los parámetros básicos del Decreto 258/1997.

La consulta formulada afecta a la exégesis de la Disposición Transitoria Segunda del Decreto Territorial 258/1997, de 16 de octubre, regulador de los "expedientes en tramitación".

"A la entrada en vigor del presente Decreto se resolverá la inadmisión de todas las solicitudes que se encuentren en tramitación y no se ajusten a sus prescripciones".

Este Consejo Consultivo tuvo ya ocasión de expresar, respecto del entonces "proyecto" de Decreto por el que se establecían los criterios específicos de planificación y Ordenación Farmacéutica" (Dictamen núm. 83/1997), la inadecuación de algunos términos utilizados

en la redacción de dicha Disposición Transitoria Segunda, como "inadmisión", por "desestimación" o "se resolverá" por "se procederá", generando confusión en el alcance y finalidad de la citada norma reglamentaria.

Ello explica que al mantenerse la redacción inicial del Proyecto de Decreto, actualmente, la Disposición Transitoria Segunda impida la interpretación literal del mismo, ya que de aplicarse supondría, la inadmisión, sin más, de todas las solicitudes que se encuentren en tramitación, al no poder ajustarse ninguna de las reglas jurídicas que se contienen en el Decreto 258/1997, dado el cambio normativo sustancial que establece el citado Decreto.

Sin embargo, ello entraría en colisión con la finalidad pretendida por la citada Disposición Transitoria Segunda, cuando ésta admite la posibilidad de que determinadas solicitudes puedan ajustarse a sus prescripciones.

La Disposición Transitoria Segunda debe interpretarse, en consecuencia, en el sentido de que a las solicitudes que se encuentren en tramitación les sea aplicable la normativa anterior, como cauce de obtención de la autorización para instalar la oficina de farmacia, siempre que con la autorización, por la citada vía, no se contradigan las delimitaciones de las zonas farmacéuticas, módulos de poblaciones, localizaciones, distancias, etc. que establece el Decreto 258/1997.

Con todo, la consulta referida a la citada Disposición Transitoria Segunda del Decreto 258/1997, se reduce a la interpretación y sentido que debe atribuirse a los expedientes iniciados al amparo del art. 3.1.b) del RD 909/1978, que han de resolverse, sin embargo, bajo la vigencia de la nueva normativa autonómica contenida en el Decreto 258/1997 y la Orden de 15 de abril de 1999.

El carácter excepcional y temporal (referido a determinados expedientes en tramitación, 4 de noviembre de 1997, fecha de entrada en vigor del Decreto 258/1997) del art. 3.1.b) del RD 909/1978, se tendrá en consideración

para obtener la autorización de una Oficina de Farmacia, siempre que no exista desajuste con el Decreto 258/1997.

En una hermenéutica rigurosa tampoco procedería la ampliación de su objeto, con base en la Orden de 15 de abril de 1999, por la que se aprueba el Mapa Farmacéutico, en los casos en los que pudiera autorizarse más de una Farmacia, dada la diversa naturaleza y alcance de la nueva regulación autonómica de la anterior RD 909/1978, sin que proceda identificar plenamente el criterio del núcleo de población al que se refiere el art. 3.1.b) del RD 909/1978, con los criterios, necesidades poblacionales y recursos que encierra en sí el Mapa Farmacéutico, donde el criterio poblacional no es el único en orden a su valoración y decisión. En cualquier caso, el concepto de núcleo de población es un concepto jurídico indeterminado acerca del cual el TS (11-4-2000 R-4438) en orden a su integración y con referencia al art. 3.1.b) del RD 909/1978, de 14 de abril, viene señalando "que el mismo está dado en función de una sustantividad real y cierta fundada en circunstancias objetivas, no necesariamente iguales, del más amplio contenido".

En consecuencia, el alcance del RD 909/1978, en su art. 3.1.b), sobre la base de lo anteriormente expuesto no podría alterarse ni combinarse por el "giro normativo" producido en estos últimos años ya que su trayectoria debería quedar reducida a la naturaleza transitoria del precepto, la de autorizar -vía excepcional- una única Oficina de Farmacia. Lo contrario supondría, la inaplicación de las previsiones generales del Decreto 258/1997, de 16 de octubre.

Tal solución no impediría el cumplimiento de las previsiones del Mapa Farmacéutico en aquellas zonas en las que se prevea más de una Farmacia, pues las autorizaciones de éstas (nuevas oficinas) deberían acomodarse al procedimiento previsto en la normativa actual, Decreto 258/1997 y Orden de 15 de abril de 1999.

## III

Pero, también, sería plenamente adecuada la interpretación de considerar aplicable, a las solicitudes admitidas y en fase de tramitación, el derecho vigente al tiempo de su resolución, como cualquier otra disposición de desarrollo de la nueva normativa de planificación general de las oficinas de farmacia, en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica, máxime teniendo en cuenta que las normas del RD 909/1978, resultan aplicables hasta que el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias, en el marco de las competencias que les correspondan, desarrollen la citada planificación.

En consecuencia, si en el Mapa Farmacéutico de Canarias, en la zona correspondiente, que motivó las solicitudes, pendientes de resolución, se contemplan más oficinas de farmacia, singularmente, por razones de incremento demográfico, éstas podrían autorizarse siempre que reúnan los requisitos exigidos, de acuerdo con los principios de igualdad, respeto al principio de prioridad y de "favor libertatis" y no se perjudiquen derechos de terceros.

Tres cuestiones complementarias, en relación con la flexibilidad que se ha venido aplicando, en ocasiones, en materia de apertura de oficinas de farmacia:

1) No siempre las solicitudes de autorizaciones de oficinas de farmacia, formuladas por varios peticionarios, con base en el artículo 3.1.b) del RD 909/1978, sobre un mismo núcleo de población, se han resuelto con la autorización de una sola oficina de farmacia, por cuanto existen supuestos en los que por la duración de los expedientes administrativos, su acumulación, impugnación judicial, el retraso en resolver los recursos contencioso-administrativos, etc., pueden dar lugar a duplicidad de autorizaciones para el mismo núcleo y donde el criterio preferencial no ha podido aplicarse, por razones de seguridad jurídica, como ocurre cuando existe una resolución firme que estima las solicitudes que debe ceder la preferencia. Entonces, puede resultar necesario señala el TS "si la

autorización no preferente no se ha otorgado bajo reserva, admitir como mal menor la duplicidad de autorizaciones" (STS 24-6-2002 (R-8213)).

2) La jurisprudencia en base a un criterio dúctil de aplicación del RD 909/1978, de tal modo que resulte informado por los principios constitucionales y aplicando el principio "pro apertura" que respetando el régimen establecido por el RD 909/1978, trata de resolver los supuestos límites o dudosos, de tal modo que ha venido admitiendo que debe otorgarse la autorización de apertura de farmacia, incluso cuando la cifra de habitantes del núcleo, no llegue exactamente a 2000, pero sea próximo a esa cantidad (SSTS 17-5-1991, R-4358; 25-10-93, R-8042).

3) La vía del art. 3.1.b) del RD 909/1978, pretende adecuar el número de oficinas de farmacia a las cifras de población, por lo que sería razonable, que tal adecuación se ajustase a las necesidades reales actuales derivadas del Mapa Farmacéutico, teniendo en cuenta, las necesidades de farmacia, en el momento de resolverlas, compatibilizándolas con las situaciones jurídicas de los anteriores peticionarios, paralizadas durante años, que por ello no deberían equipararse con las surgidas tras la nueva normativa.

Esta solución permitiría la adecuada distribución de las oficinas de farmacia, que prestan una actividad que, aunque privada, es también de interés público, y evitaría la ausencia de farmacias, conforme con el Mapa Farmacéutico de Canarias, en aras a un mejor servicio público.

En cuanto a la segunda cuestión planteada (criterios de prioridad) (en el caso de concurrir un número de solicitantes superior al de autorizaciones), no corresponde a este Consejo pronunciarse sobre criterios de oportunidad política o técnica, si bien tendrá que resolverse con arreglo a los criterios del art. 4.3 del RD 909/1978, integrada por la nueva normativa de aplicación, singularmente, por el Decreto 258/1997.

#### IV

La problemática interpretativa que suscita la Disposición Transitoria Segunda, "Expedientes en tramitación", como se ha expresado anteriormente, se puso de relieve por este Consejo en el Dictamen 83/1997, emitido sobre el entonces "Proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios específicos de Planificación y Ordenación Farmacéutica" (EXP. 89/1997), al señalarse que "la ordenación de la Disposición Transitoria Segunda no era correcta", la "inadmisión de una solicitud no puede confundirse con su desestimación, máxime cuando aquélla está efectivamente en tramitación". En sentido análogo, se había pronunciado antes el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Provincia de Las Palmas, solicitando la supresión de la citada Disposición Transitoria, al considerarla ilegal y estimar "que las solicitudes sólo pueden ser inadmitidas por causas preexistentes".

Al tenor literal de la Disposición Transitoria Segunda del PD, Expedientes de tramitación, "A la entrada en vigor del presente Decreto quedarán inadmitidas todas las solicitudes que se encuentren en tramitación", se le adicionó en el texto finalmente aprobado, para mayor complicación, la frase "y no se ajusten a sus prescripciones", desnaturalizando el fin de una Disposición Transitoria, prescripción dirigida o bien a facilitar el tránsito de una norma a otra mediante la fijación del régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o a establecer una regulación sustantiva propia para algunas situaciones pendientes, para suspender la aplicación de la norma derogada. Pero, al mismo tiempo, se considera inoportuna o contraproducente la aplicación mediata de la nueva norma (normas de transición o de derecho transitorio material), por cuanto se "inadmiten" las solicitudes que se encuentren en tramitación si no se ajustan, a la entrada en vigor del Decreto, a sus prescripciones, lo que claramente "in claris non fit interpretatio"

supondría desestimar, sin más, todas las solicitudes pendientes, al no poder ajustarse ninguna, plenamente, a la nueva normativa, tal como se expuso en el Fundamento II

Sin embargo esta interpretación contradice el objeto de una norma transitoria, que es, en principio, el de no perjudicar derechos o estados anteriores, singularmente los ejercitados (solicitudes admitidas y en tramitación), situaciones que normalmente se resuelven según la teoría de los hechos consumados "tempus regit actum" por la norma vigente en el tiempo en que el hecho fue jurídicamente realizado, salvo que la nueva norma excluya expresamente la eficacia de la anterior regulación, o bien, conceda la facultad de poder optar entre los dos regímenes jurídicos.

De la redacción literal de la Disposición Transitoria Segunda, se deriva la aplicación integral de los dos regímenes jurídicos, tanto la anterior norma, RD 909/1978, como la nueva, Decreto 258/1997. Con una Disposición Transitoria, en sentido estricto, lo que se pretende es resolver el problema del alcance temporal de la nueva regulación y el de la antigua, ya que al amparo de la anterior se han podido crear situaciones o nacer derechos, que la seguridad jurídica exige garantizar.

Por otro lado, la aplicación simultánea de dos regímenes jurídicos contrapuestos supone un contrasentido y por mucho que se pretenda interpretar y desentrañar un sentido equilibrado en una u otra dirección, siempre quedará abierta la posibilidad a cualquier otro alcance o entendimiento. A ello se refiere, expresamente, el Consejo de Estado cuando, respecto de la Disposición Transitoria Segunda analizada, admite la multiplicidad de interpretaciones "aún reconociendo las distintas posibles interpretaciones de la citada Disposición Transitoria" (DCC 2.121/99). Por ello este Consejo, primero reitera las observaciones expresadas en el DCC 83/1997,

que de haberse asumido oportunamente, hubiese evitado, en parte, la actual incertidumbre. Segundo, se podría solucionar definitivamente la problemática interpretativa, mediante la modificación del Decreto 258/1997, Disposición Transitoria Segunda, expresándose claramente el propósito del autor de la norma, sin que exista obstáculo jurídico alguno para armonizar la situación anterior, respecto de las solicitudes de autorización de farmacias, ejercitada al amparo del art. 3.1.b) Decreto 909/1978, y posteriormente suspendida y pendiente de resolución tras años de espera, con el Mapa Farmacéutico de Canarias, posibilitando la concesión, en su caso, de más de una farmacia.

O más adecuadamente mediante la vía de una norma jurídica con rango de ley formal, como se expresó en el DCC 83/1997, respecto a la problemática de desarrollar bases estatales a través de un reglamento en lugar de utilizar el instrumento de una ley específica, máxime estando pendiente en la actualidad el anteproyecto de ley de Ordenación Farmacéutica de Canarias.

## CONCLUSIONES

- 1.- La Disposición Transitoria Segunda "Expedientes de tramitación" del Decreto 258/1997, de 16 de octubre, en relación con las solicitudes pendientes de resolución de autorización de oficinas de farmacia para núcleos aislados, formuladas al amparo del art. 3.1.b) del Decreto 909/1978, permite otorgar una o varias oficinas de farmacia, tal como se razona en los Fundamentos II y III.
- 2.- La citada Disposición Transitoria Segunda debería, no obstante, completarse a efectos de eludir cualquier problemática interpretativa de la misma (Fundamento IV).