

108-M-96. Multipharm de Centro América, S.A de C.V. vrs. Consejo Superior de Salud Pública

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Antiguo Cuscatlán a las diez horas del día veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

El presente juicio contencioso administrativo ha sido promovido por el doctor Roberto Oliva, de cincuenta y tres años de edad al iniciarse este proceso, abogado, del domicilio de San Salvador, actuando en carácter de Apoderado General Judicial de la sociedad "Multipharm de Centro América, Sociedad Anónima de Capital Variable", del domicilio de San Salvador, impugnando de ilegal la resolución del Consejo Superior de Salud Pública del día primero de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, por la cual se declaró sin lugar la apertura de la farmacia Multipharm situada en calle Chiltiupán, Merliot, jurisdicción de Nueva San Salvador, y el informe de la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica en que se basó tal resolución.

Han intervenido en el juicio: la parte actora en la forma indicada; las autoridades demandadas; la licenciada Ana Cecilia Galindo Santamaría, mayor de edad, abogada, del domicilio de San Salvador, actuando en carácter de Agente Auxiliar delegada por el señor Fiscal General de la República, en sustitución de la licenciada Silvia Novelia Iglesias Acuña.

LEIDO EL JUICIO; Y,

CONSIDERANDO:

I. En la demanda presentada y su ampliación, esencialmente se señala que: El motivo para declarar sin lugar la apertura de la farmacia Multipharm, fue que el local no llenaba los requisitos por encontrarse ubicado dentro de un mercado en que se vende carnes, mariscos, verduras, frutas, etc., que no cuenta con paredes propias, puertas, ventanas ni servicios sanitarios. **Que la denegativa adversada es nula, porque las autoridades se encuentran sujetas al principio de legalidad, de conformidad al cual la Ley condiciona y determina toda la acción administrativa.** Se cita doctrina sobre las implicaciones del citado principio, relacionando que para que éste se encuentre plenamente cumplido y satisfecho, deben concurrir dos circunstancias; **por un lado, la atribución derivada de la Ley debe ser expresa, lo que impide y desautoriza las actuaciones administrativas a base de interpretaciones extensivas de carácter analógico de legalidad;** y por otra parte, **la atribución de actuaciones administrativas debe ser específica.** Que en tal sentido, cada acto concreto y particular de la Administración Pública se encuentra determinado por un texto legal autorizante y obligatorio, y que la ley no otorga competencias o poderes en blanco. Que en el presente caso, el informe desfavorable de la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, tomado como base por el Consejo Superior de Salud Pública para emitir la denegativa a autorizar la farmacia, reside en "deficiencias de local". **Que el punto trascendental radica entonces en establecer si tal exigencia se encuentra acorde al principio de legalidad,** para lo cual, como primer punto debe dilucidarse si se actuó en base a una **facultad reglada o discrecional.** Sostiene que la autorización de apertura y funcionamiento

de farmacias responde en nuestra legislación a potestades regladas, y por ende el órgano administrativo únicamente puede constatar los supuestos de hecho que habilitan la emisión del acto según la Ley. Que las exigencias o requisitos legales que un administrado debe cumplir para obtener una autorización de apertura y funcionamiento de farmacia son los siguientes: a) Una solicitud del peticionario acompañada de información de conducta seguida ante el Juez de Paz de su domicilio, y un certificado de sanidad en que conste que no padece enfermedad infecto-contagiosa (artículo 18 Ley de Farmacias); b) Contar con un profesional responsable (Art. 39 de la Ley del Consejo Superior de Salud Pública); c) Informe favorable de la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica (Art. 14 literal d) del Código de Salud y 18 de la Ley de Farmacias); y d) Que el lugar destinado a la preparación de las recetas sea colocado separado de aquél en que se despachen los medicamentos al público (Art. 49 de la Ley de Farmacias). Que en atención a la inspección y dictamen de la Junta de Vigilancia, el inciso final del Art. 18 de la Ley de Farmacias dispone que si de la inspección previa resultare que el establecimiento no tiene los medicamentos útiles y aparatos conforme a su categoría, la Junta de Química y Farmacia no podrá conceder la licencia que se solicita. Señala que tal disposición ha sido reformada tácitamente por el Art. 14 literal d) del Código de Salud, y por el artículo 11 literal d) de la Ley del Consejo Superior de Salud Pública, en el sentido que el órgano competente para autorizar el funcionamiento de farmacias es el Consejo Superior de Salud Pública, pero queda vigente la necesidad ineludible de la inspección de la Junta de Vigilancia, y que de sus resultados dependerá su dictamen favorable. Que la inspección de la Junta tiene como único y exclusivo propósito cerciorarse que el establecimiento cuente con los medicamentos útiles y aparatos según su categoría, y éstos son los consignados en los artículos 33 y 34 de la Ley de Farmacias. Que de la normativa aplicable se confirma que nos encontramos frente a potestades regladas, y que no se contempla como requisito para la emisión de la autorización, las condiciones de lugar del establecimiento en que se pretenda abrir la farmacia. Concluye así que el informe desfavorable de la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica se basó en un requisito no contemplado en la Ley, por lo cual los actos impugnados carecen de soporte legal.

II. La demanda fue admitida, se tuvo por parte al doctor Roberto Oliva en el carácter en que compareció, y se solicitó informe a las autoridades demandadas sobre la existencia de los actos que se les imputaban. Posteriormente se solicitaron nuevos informes, en que las autoridades demandadas justificaran la legalidad de las actuaciones impugnadas.

La Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, pidió la inadmisibilidad de la demanda con base en la exclusión contemplada en el artículo 4 literal d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Posteriormente, sostuvo en síntesis los siguientes argumentos: Que el Código de Salud en su artículo 14 literal d), establece que es atribución del Consejo Superior de Salud Pública autorizar, previo informe favorable de la Junta de Vigilancia respectiva, la autorización y funcionamiento de droguerías, farmacias, etc.; que el artículo 18 de la Ley de Farmacias dispone que la autorización se solicitará a la Junta de Química y Farmacia, la cual resolverá después de practicada una visita de inspección, y si de la inspección previa resultare que el establecimiento no tiene los medicamentos útiles y aparatos conforme a su categoría, la Junta de Química y Farmacia no podría conceder la licencia que se solicita. Que la sociedad demandante sostiene que el informe previo favorable a que alude el Código de Salud y la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y

de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud es el mismo a que se refiere la Ley de Farmacias como inspección previa, tesis a su criterio insostenible. Expresa que un informe supone la comunicación de dos entes jurídicos independientes que puede o no contener valoraciones, todo depende de lo que la ley establezca, y que la inspección es un documento que no contiene valoración alguna, sólo constata lo inspeccionado. Que el artículo 18 de la Ley de Farmacias no puede aplicarse en la actualidad, ya que se nutre de supuestos que no están acordes con la normativa actual, como es el otorgamiento de una licencia y no una autorización; supone que la autoridad que va a conocer y resolver es la misma, y el procedimiento o trámite es completamente diferente; que por tanto el procedimiento que la quejosa pretende imponer está derogado. Que en el Código de Salud y la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud se omitió normar la naturaleza y contenido del informe que ha de rendir la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, pero debe tenerse en cuenta el contexto de la Ley para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, y dichos cuerpos legales aclaran que el informe previo será un "dictamen razonado", lo cual constituye un parecer técnico fundado en valoraciones de índole lógico objetivas propias de una técnica, ciencia o disciplina, lo cual excluye que se trate de la misma acta de inspección que señala la Ley de Farmacias. Que la base legal de lo actuado se encuentra entonces en el artículo 17 literal e), en donde se establece que el informe debe ser razonado. Señala que en base a las buenas prácticas farmacéuticas el lugar en que opere una farmacia debe contar con condiciones de sanidad, espacio adecuado, envases y otros, para evitar la contaminación; que todo espacio desde una perspectiva arquitectónica debe servir a determinada función, en un área donde lo que se pretende es manipular y expender fármacos, la limpieza y aislamiento del lugar es preponderante. Que en el presente caso el área donde se elaboran los compuestos y fórmulas especiales no está separada de la venta de alimentos, y no existe el espacio aséptico ni idóneo, no se cuenta con un lugar adecuado para bodegaje, servicios sanitarios contiguos, etc.. Concluye así que la autorización está condicionada a los intereses de la comunidad, y que la Ley los faculta para ordenar, razonar y dictaminar en todo aquello que amenace la salud del pueblo.

Por su parte el Consejo Superior de Salud Pública, solicitó también la inadmisibilidad de la demanda, ya que de conformidad al artículo 4 literal d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no corresponderán a dicha Jurisdicción los actos del Consejo Superior de Salud Pública. Alegó también que la demanda se había interpuesto fuera del plazo señalado por la Ley.

Ante tal petición, este Tribunal emitió resolución mediante la cual se declaró inaplicable el artículo 4 literal d) de la citada Ley, argumentando en síntesis lo siguiente: **que la Jurisdicción Contencioso Administrativa se constituye como una jurisdicción especial, es decir referida al conocimiento de una materia especializada separada de la jurisdicción común; que su competencia es el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, lo cual implica que existe una sede donde pueden ser discutidas tales actuaciones. Que el accionar de la Administración Pública se encuentra sujeto a la legalidad, es decir, es la ley la que permite actuar a la Administración, ya que toda acción administrativa se nos presenta como un poder atribuido previamente por la ley, y por ella delimitado y construido. Ello implica, que la Administración puede ejecutar sólo aquellos actos que la ley le permite, y en la forma**

que la misma lo regula; que la importancia de referirse a la sujeción de la Administración a la ley, es reparar en la necesidad de un ente jurisdiccional que controle el apego de sus actuaciones al marco jurídico, y es ésta precisamente la función de la jurisdicción contencioso administrativa. Que el Consejo Superior de Salud Pública es un ente administrativo creado para un fin público, cual es velar por la salud del pueblo, y que sus actuaciones (autorizaciones, sanciones, nombramientos, etc.) constituyen verdaderos actos administrativos. Que la posibilidad de acceso a los tribunales, conocida como tutela judicial efectiva, se concibe como un derecho frente al Estado, y comprende entre sus manifestaciones el acceso a la justicia; que tal manifestación supone en definitiva que no deben existir ámbitos exentos que impidan a los ciudadanos defender ante la jurisdicción sus derechos e intereses legítimos. Que nuestra ley señala que no corresponderán a la jurisdicción contencioso administrativa: "d) los actos del Consejo Superior de Salud Pública ejecutados en virtud de la facultad que le confiere el artículo 208 de la Constitución Política", y el texto de la referida disposición constitucional expresaba que el Consejo Superior de Salud Pública conocería en última instancia de las resoluciones pronunciadas por los organismos que ahí se mencionaban; que sin embargo el citado artículo 208 ha sido sustituido por el artículo 68 de nuestra actual Constitución, el cual señala en lo pertinente que "...El Consejo Superior de Salud Pública conocerá y resolverá de los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones pronunciadas por los organismos a que alude el inciso anterior"; con ello ha quedado claro que sus actuaciones no son irrevisables. Por todas esas razones, se consideró que no existía justificación alguna para exceptuar las actuaciones del Consejo Superior de Salud Pública del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, y que aceptar tal situación, por una parte separaría a esta Sala de la función para la cual fue creada, y por otra, resultaría contrario al derecho de acceso a la jurisdicción. Referente a la alegación de extemporaneidad, se advirtió que la demanda motivadora del presente proceso fue presentada ante esta Sala dentro del plazo señalado en la ley, por lo cual tampoco procedía declarar la inadmisibilidad solicitada por este motivo.

III. El juicio se abrió a prueba por el término de Ley, sin que ninguna de las partes hiciera uso del mismo. Posteriormente se corrieron los traslados; la parte actora, mediante escrito que corre agregado de folios 63 a 72, reiteró argumentaciones ya vertidas, puntualizando que debe ser la ley la que determine las condiciones y requisitos que deben observarse en el ejercicio de la libertad económica, para que ésta no se oponga al interés social, únicamente por ley puede verificarse la calificación de que determinados hechos y circunstancias son contrarios al interés social. Concluye que en el presente caso las razones en que se fundamentó la denegativa carecen de cobertura legal, y que no existen preceptos legales que atribuyan facultades discrecionales a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica; que las "buenas prácticas farmacéuticas" citadas por la Junta no son de obligatorio cumplimiento, y su aplicación pondría en peligro la seriedad y certidumbre jurídica.

El Consejo Superior de Salud Pública evacuó el traslado que le fuere conferido reiterando la legalidad de lo actuado; por su parte la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica presentó su escrito sosteniendo que legalmente existe la facultad de autorizar, inspeccionar y rendir un informe, para lo cual se crea una potestad discrecional, y que el uso de la discrecionalidad atenderá y estará circunscrito a lo "razonable". Que la petición expuesta por el doctor Oliva, relativa a que esta Sala declare que ha existido desviación de

poder, ha sido hecha extemporáneamente y no debe tomarse en cuenta. Asimismo, que al hablar de desviación de poder tácitamente acepta que se trata de una facultad discrecional. Sostiene también que debe tenerse en cuenta la finalidad última de proteger la salud del pueblo, la cual es de interés público y priva ante intereses particulares; que la Constitución establece que los servicios de salud serán esencialmente técnicos, en concordancia con lo cual, el dictamen razonado implica la valoración propia de la ciencia químico farmacéutica y no el simple chequeo de requisitos puntualizados en la ley.

El Agente Auxiliar delegado por el señor Fiscal General de la República presentó su alegato sosteniendo que efectivamente se ha violentado el principio de legalidad, ya que los argumentos en base a los cuales se declaró sin lugar la apertura de la Farmacia Multipharm no son los establecidos en la Ley. Que si se va a denegar la licencia para la apertura de la farmacia debe ser conforme a leyes preexistentes, por lo cual el acto impugnado es ilegal.

Posteriormente, la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica presentó varios escritos puntualizando la importancia del presente caso para la salud del pueblo, y que la función constitucional y legal de la Junta es de carácter técnico y de naturaleza pública, y que por lo tanto cuando la Ley exige rendir un informe razonado, han de invocarse los hechos relacionados con el fin para el cual ha sido establecida la potestad discrecional. Que al dictaminar sobre la procedencia o no de la apertura de un establecimiento dedicado al ejercicio de una profesión relacionada directamente con la salud, la Junta efectúa consideraciones sobre diversos aspectos. En síntesis, se sostiene que existe un carácter discrecional en las actuaciones de la Junta para evaluar el ejercicio profesional y evidentemente las condiciones en que se ha de realizar dicho ejercicio; sostiene que si los conocimientos técnicos no son aplicables al momento de emitir el informe, el contenido constitucional de la función de las Juntas de Vigilancia es letra muerta, y el sistema de interpretación del Derecho nacional no estaría al servicio del bien público, sino de la conveniencia de los particulares.

Entre los argumentos de la citada Junta se aduce también que a fin de atacar la farmacodependencia y el uso ilícito de medicamentos, existen una serie de Tratados y Convenciones Internacionales ratificadas por El Salvador que prescriben la necesidad de velar por el bien jurídico de la salud, lo cual determina la sujeción a una serie de medidas de control de los establecimientos que expenden los medicamentos. También reiteran la necesidad de aplicar normas y doctrinas tecnico-científicas, potestad amparada en el Código de Salud.

IV. El juicio se encuentra en estado de dictar sentencia.

En la demanda presentada, el doctor Roberto Oliva impugna la resolución del Consejo Superior de Salud Pública, mediante la cual se declaró sin lugar la apertura de la farmacia "Multipharm" ubicada en calle Chiltiupán, Merliot, jurisdicción de Nueva San Salvador, y el informe desfavorable de la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica tomado como base por el Consejo para apoyar su resolución.

La razón que motivó el referido informe desfavorable, y por tanto la denegativa de la autorización, fue básicamente las deficiencias del local en que se pretendía abrir la

farmacia. En el informe en cuestión la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica expuso que el local no llena los requisitos para considerarse farmacia por encontrarse ubicado dentro de un mercado en que se vende carnes, mariscos, verduras, frutas, etc., que no cuenta con paredes propias, puertas, ventanas ni servicios sanitarios.

El fundamento de la demanda recae en el hecho que las autoridades demandadas violaron el principio de legalidad.

Para sustentar tal afirmación, el demandante parte del supuesto que el "informe favorable" que debe rendir la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica dependerá exclusivamente de los resultados de la inspección que previamente se realice en el establecimiento.

Por su parte dicha inspección ha de ceñirse a constatar los requisitos consignados en la Ley de Farmacias, es decir, que el establecimiento cuente con los "medicamentos, útiles y aparatos, según su categoría".

Con tales antecedentes **construye las siguientes premisas:**

- 1) La autorización de apertura y funcionamiento de farmacias responde en nuestra legislación a potestades regladas, y por ende el órgano administrativo únicamente puede constatar los supuestos de hecho que habilitan la emisión del acto según la Ley;
- 2) La normativa aplicable al caso no contempla como requisito para la emisión de la autorización, las condiciones de lugar del establecimiento en que se pretenda abrir una farmacia.

Como consecuencia obligada, concluye que el informe desfavorable de la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, que aduce "deficiencias de local", es ilegal por fundamentarse en un requisito no contemplado en la Ley.

A tales argumentaciones se contraponen la tesis de las autoridades demandadas:

- 1) El procedimiento contemplado en la Ley de Farmacias para emitir autorizaciones para la apertura de estos establecimientos se encuentra derogado;
- 2) El informe razonado de la Junta de Vigilancia a que aluden el **Código de Salud y la Ley del Consejo Superior de Salud Pública** y de las Juntas de Vigilancia (llamaremos a estas leyes "la nueva normativa"), no es equivalente a la inspección que contempla la referida Ley de Farmacias;
- 3) **La emisión del informe constituye el ejercicio de una potestad discrecional, y se enmarca en criterios de índole técnico-médico farmacéutico, que garanticen la consecución del bien público salud;**

4) En base a las buenas prácticas farmacéuticas, los requisitos de local para el establecimiento de una farmacia son condición indispensable para su autorización.

De tales supuestos derivan la legalidad del informe de la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, al considerar que no debía otorgarse la autorización a la Farmacia "Multipharm", por presentarse una serie de deficiencias en el establecimiento que se pretendía abrir (posibilidad de contaminación, espacio inadecuado, etc.)

Los puntos centrales de este proceso radican en determinar cuál es -conforme a la Legislación aplicable- la naturaleza y alcances del informe que emite la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica.

VIGENCIA DE LA LEY DE FARMACIAS

Cabe recordar que la derogatoria tácita, consiste en la cesación de la eficacia de una ley por virtud de otra posterior, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

En virtud de tal derogatoria, quedan vigentes las disposiciones de la ley anterior, en todo aquello que no pugnen con las disposiciones de la nueva ley.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 42 de la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud señala que: "Las disposiciones contenidas en la Ley de Farmacias y todas sus reformas, continuarán aplicándose hasta que no sean emitidas las leyes y reglamentos respectivos, en lo que no contraríen las de la presente ley".

Se advierte así que la Ley de Farmacias se encuentra vigente en todo aquello que no contradiga la nueva normativa. Por tanto, es preciso establecer si existe o no contradicción entre lo regulado en los cuerpos legales que se analizan, en lo relativo a las autorizaciones para la apertura y funcionamiento de farmacias.

La Ley de Farmacias, que data del año mil novecientos veintisiete, establece en el Art. 9 literal 1) -bajo el acápite "Atribuciones de la Junta de Gobierno"- que a dicha Junta corresponde extender las licencias para la apertura de los establecimientos que estén bajo su vigilancia. El artículo 4 señala que las farmacias son establecimientos bajo su vigilancia.

En el artículo 18 de dicho cuerpo legal, se señala que ninguno de los establecimientos bajo vigilancia de la Junta podrá abrirse sin la licencia respectiva, solicitada por el interesado a la Junta de Gobierno de la Facultad. Todo Farmacéutico que desee establecer una droguería, farmacia o laboratorio químico o abrir de nuevo alguno de esos establecimientos que hubiere sido cerrado, se dirigirá a la Junta de Química y Farmacia solicitando autorización, y ésta resolverá después de practicada una visita de inspección... "Si de la inspección previa resultare que el establecimiento no tiene los medicamentos, útiles y aparatos conforme a su categoría, la Junta de Gobierno no podrá conceder la licencia que solicita."

Por su parte el Código de Salud -vigente desde **mil novecientos ochenta y ocho**- al regular las atribuciones del Consejo Superior de Salud Pública en el artículo 14 literal d), le atribuyó la potestad de conceder las autorizaciones de apertura y funcionamiento de farmacias, previo informe favorable de la Junta de Vigilancia respectiva.

La Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud, regula tal competencia en el mismo sentido, en el artículo 11 literal d) .

De conformidad al artículo 38 de este último cuerpo legal, las funciones y atribuciones señaladas en la Ley de Farmacias para la Junta de Química y Farmacia, serán ejercidas por la Junta de Vigilancia respectiva, a excepción de aquellas que por dicha Ley hayan sido conferidas al Consejo Superior de Salud Pública.

El actor considera que la regulación de la Ley de Farmacias ha sido reformada tácitamente por el Art. 14 literal d) del Código de Salud, y por el artículo 11 literal d) de la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud, **ya que el órgano competente para autorizar el funcionamiento de farmacias hoy día es el Consejo Superior de Salud Pública.** Pero aduce que aún se encuentra vigente la realización de la inspección de la Junta de Vigilancia, de cuyas resultas dependerá el dictamen que emita.

Por su parte la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica sostiene que la Ley de Farmacias no tiene ya aplicación. **Que si bien en la nueva normativa se omitió regular la naturaleza y contenido del informe que ha de rendir la referida Junta, debe tenerse en cuenta el contexto de la Ley para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, y que dichos cuerpos legales aclaran que el informe será un "dictamen razonado" , lo cual evidencia su naturaleza discrecional.**

Con tal argumentación excluye que el dictamen sea equivalente al acta de inspección a que alude la Ley de Farmacias.

Para analizar la posible contradicción entre las leyes, debe tenerse en cuenta que los actos administrativos están configurados por una serie de elementos: competencia, presupuestos de hecho, procedimiento, etc., que encuentran su cobertura en el ordenamiento jurídico.

Dichos elementos, aunque parte de un todo, poseen independencia entre sí, de tal suerte que en **un mismo acto pueden concurrir elementos válidos y elementos viciados**, pero bastará la **presencia de un elemento viciado para que el acto mismo se reputa ilegal.** Los actos de autorización para apertura y funcionamiento de farmacias, como todo acto, se encuentran configurados por una serie de elementos.

Como se advirtió de la normativa transcrita, la **Ley de Farmacias otorgaba competencia** a la Junta de Química y Farmacia para realizar inspecciones en los establecimientos donde se pretendiera abrir una farmacia, **y en base a parámetros reglados denegar u otorgar la autorización.**

Con la promulgación del Código de Salud y la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia, se trasladó expresamente la competencia para emitir tales autorizaciones al Consejo Superior de Salud Pública.

Se concluye así que en cuanto a la competencia para autorización de farmacias, existe una clara derogatoria de la Ley de Farmacias.

Por otra parte, la nueva normativa no hace alusión a la potestad de las Juntas para realizar inspecciones en los locales donde se pretenda abrir una farmacia, pero sí les atribuye la potestad de emitir un informe o dictamen sobre la procedencia de la apertura.

El hecho de no encontrarse regulada en la nueva normativa la inspección, no implica que ésta se encuentre derogada.

A juicio de esta Sala, no son contradictorias las potestades de inspección y la emisión del dictamen. La inspección constituye una constatación in situ del lugar u objeto, y el dictamen, un acto que contiene una declaración de juicio sobre el punto.

Por tanto, ha de entenderse derogada la Ley de Farmacias en cuanto al ente competente para la emisión de autorizaciones para la apertura y funcionamiento de farmacias; no así en lo relativo a la práctica de inspecciones en los locales en que éstas se pretendan abrir. Consecuentemente, también se encuentran vigentes los parámetros a constatar en la inspección.

Es preciso entonces determinar la naturaleza de la potestad que la nueva normativa otorga a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para la emisión de su informe.

NATURALEZA DEL INFORME.

El actor sostiene que la emisión del informe constituye una potestad reglada que ha de ceñirse a las resultas de la inspección previa. Las autoridades demandadas consideran que se trata de una potestad discrecional.

A fin de esclarecer este punto, en primer lugar es vital determinar la naturaleza de estas categorías de potestades.

Tanto los actos de naturaleza reglada o discrecional, constituyen el ejercicio de una potestad previa atribuida por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la potestad discrecional no es una potestad extralegal.

La configuración de potestades regladas o discrecionales depende de la mayor o menor exhaustividad determinada por la Ley en los supuestos que rigen la actuación de la Administración. Es decir, la diferencia radica en el grado de precisión o explicitud con que la Ley se refiera a su ejecución.

Las potestades regladas responden a una determinación taxativa del actuar de la Administración, de manera que la Ley señala todas y cada una de las condiciones para el ejercicio de la potestad.

El carácter reglado de los elementos del acto condiciona la voluntad de la Administración para su emisión, de manera tal que la valoración de los hechos o circunstancias que han de servir de base para la emisión del acto está predeterminada por la Ley, excluyendo cualquier apreciación subjetiva de la Administración.

En cambio en la atribución de potestades discrecionales, el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad se ve complementado por una operación apreciativa de la Administración.

Señala el tratadista Miguel S. Marienhoff, que la actividad discrecional de la Administración se identifica porque la legislación se limita a señalar los fines de la potestad, facultando a la Administración para que en presencia de determinados hechos o situaciones, pueda valorarlos y resolver si cumplen con la finalidad perseguida en la norma. (Miguel S. Marienhoff: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, Editorial Abeledo Perrot. Argentina, 1988. Pág. 414).

No en todos los casos surge con claridad si se trata de un supuesto de actividad reglada o discrecional de la Administración Pública, y en ese supuesto es necesario recurrir a la interpretación de la norma pertinente.

Sostiene el recién citado autor que al encontrarnos ante actos que impliquen restricciones a libertades públicas "...en caso de duda ha de estarse en contra de la existencia de una facultad discrecional". Esta materia requiere ley formal expresa que le sirva de fundamento" (Miguel S. Marienhoff: Op. Cit. Pág. 418).

Tales antecedentes doctrinarios se traen a colación a fin de determinar la naturaleza de la potestad conferida a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para la emisión de su informe.

Como se ha señalado, ni el Código de Salud ni la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones de Salud, contemplan parámetro alguno para la emisión del mencionado informe o dictamen razonado.

Este Tribunal considera que la ausencia de normativa sobre el contenido del informe, no implica que se cree una "zona de libertad" en que la Administración decida emitir un informe favorable o desfavorable. Debe recordarse que se encuentra vigente la práctica de la inspección en el lugar donde se pretenda establecer la farmacia, y los aspectos a constatar en la misma.

Una interpretación armónica nos lleva a considerar, que el informe tendrá su fundamento en las resultas de la inspección que previamente se realizó.

Por otra parte, se comparte la tesis planteada por el actor en el sentido que, **el empleo del término "razonado" -para referirse al informe-, no es indicio del otorgamiento de una potestad discrecional, sino, hace alusión a la necesidad de motivación, elemento del acto administrativo.**

Por otra parte, siguiendo la tesis del tratadista citado, **no debe perderse de vista que nos encontramos ante actos que implican restricción de libertad, y que en estos casos los supuestos por los cuales la Administración puede limitar tales libertades deben ser claros y específicos.**

El administrado se desenvuelve en una esfera de libertad, cuya única limitación es la Ley. La incidencia de la Administración Pública sobre esta esfera de libertad, únicamente puede fundarse en la oposición de parámetros preestablecidos legalmente.

Como expone Luciano Parejo Alfonso, la incidencia en la actuación de libertades o derechos se concretiza en diversas formas y momentos. Las autorizaciones constituyen una limitación que se produce con carácter previo al ejercicio de una libertad o a la actuación de un derecho, y opera sobre actividades y derechos de titularidad privada, posibilitando su ejercicio.

Señala claramente el mencionado autor, que **"la autorización (...) ha sido perfilada y se emplea para todos aquellos supuestos en que el control preventivo actuado se limita a la estricta comprobación objetivo-jurídica de la observancia de las condiciones y los requisitos normativos definidos con carácter general, es decir, en que dicho control se construye en términos de potestad reglada"**. (Luciano Parejo Alfonso: Manual de Derecho Administrativo. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994. Pág. 419). (las negritas son nuestras).

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal aclara que cuando la Ley lo configure específicamente, la autorización puede revestir un carácter discrecional. Lo que se quiere recalcar, es que **por constituir limitantes al principio de libertad, los presupuestos de hecho para la emisión o denegación de las autorizaciones deben ser claros y expresos.**

Recapitulando, **en el presente caso se ha establecido que la Ley no otorga expresamente una potestad discrecional a la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica para la emisión del informe o dictamen.** Dicho informe tendrá entonces su fundamento en las results de la inspección que previamente se realiza.

En vista de que los parámetros de la inspección se encuentran taxativamente regulados en la Ley de Farmacias, **la emisión del referido informe constituye el ejercicio de una potestad reglada para la Administración.** Consecuentemente, ésta debe ceñirse a los requisitos contemplados en la Ley.

Según consta a folios 9 del proceso, el Presidente del Consejo Superior de Salud Pública salvó su voto en el acto impugnado, razonando que la denegativa de la apertura de la Farmacia no estaba arreglada a Derecho, por no existir en la legislación actual las prohibiciones en que se fundamentó.

Por otra parte, este Tribunal no desestima las razones expuestas por la autoridad demandada sobre la conveniencia de valorar las condiciones de los locales donde se pretenda abrir una farmacia, pero insiste en que la labor de esta Jurisdicción ha de centrarse en el análisis de los actos a la luz de la normativa. Ha de recordarse que "sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente....." "Si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente atribuidas para ello por la legalidad existente, habrá de comenzar por proponer una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba". (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1993. Pág. 435).

Finalmente, este Tribunal estima pertinente referirse a las argumentaciones vertidas por la Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica en sus últimos escritos, al aducir que existen una serie de Tratados y Convenciones Internacionales que determinan la sujeción a medidas de control de los establecimientos que expenden medicamentos, a fin de atacar la farmacodependencia y el uso indebido de medicamentos.

Como se ha sostenido a lo largo de esta sentencia, la ilegalidad de la denegativa a otorgar la autorización en cuestión, radica en la exigencia de un requisito no amparado en ningún cuerpo normativo.

Los Tratados y Convenciones que señala la autoridad demandada, contienen regulaciones genéricas sobre la salud pública, prevención y erradicación de la farmacodependencia, tráfico ilícito de drogas, etc.; más no contemplan parámetros o requisitos que condicionen la emisión de autorizaciones como las que se analizan en el presente caso. Se citan compromisos y lineamientos generales que constituyen mas bien directrices para una mejor regulación del área químico-farmacéutica, pero que no crean en la Administración potestades concretas de exigir determinados requisitos para autorizar la apertura de farmacias.

En otros términos, lo regulado en los instrumentos jurídicos a que alude la Junta de Vigilancia, no ampara en forma alguna la denegativa adversada.

En abono de lo anterior, este Tribunal reitera que la incidencia de la Administración Pública sobre la esfera de libertad, únicamente puede fundarse en la oposición de parámetros preestablecidos legalmente en forma expresa, clara y precisa.

Como corolario de todo lo expuesto, la denegativa a autorizar la apertura de la Farmacia Multipharm ubicada en calle Chiltiupán, Merliot, jurisdicción de Nueva San Salvador, no se encuentra apegada a Derecho.

POR TANTO, con fundamento en lo expuesto y artículos 421, 427 Pr. y 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA: a) Declárase ilegal la resolución emitida por el Consejo Superior de Salud Pública el día primero de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual declaró sin lugar la apertura de la Farmacia Multipharm, ubicada en calle Chiltiupán, Merliot, jurisdicción de Nueva San Salvador; b) Declárase ilegal el informe emitido por la Junta de

Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica, que sirvió de base a tal denegativa; c) Como medida para restablecer el derecho violado, el Consejo Superior de Salud Pública deberá otorgar la autorización solicitada, siempre que la sociedad demandante cumpla con los requisitos que taxativamente establece la legislación secundaria aplicable; d) Condénase en costas a las autoridades demandadas conforme al Derecho común; y e) En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a las autoridades demandadas. NOTIFÍQUESE ---M. ALF. BERNAL SILVA---J N R R---E. CIERRA---ARONETTE DIAZ---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---C. DURAN---RUBRICADAS.

CAS108M96.98