



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

*Sentencia 190/2016, de 21 de marzo de 2016*

*Sala de lo Contencioso-Administrativo*

*Rec. n.º 219/2015*

**SUMARIO:**

**Acción administrativa. Procedimiento sancionador. Farmacias.** Sanción de 35.000 euros de multa por funcionar el botiquín de una localidad de Asturias, vinculado a una Oficina de Farmacia, sin la presencia y actuación profesional del farmacéutico responsable. El hecho de estar presente en la dispensación de los medicamentos un médico, ello si bien minimiza el riesgo para la salud, debe rechazarse que los médicos puedan sustituir al farmacéutico en su función, ya que no cabe apreciar entre ambos casos la identidad alegada. El deber de la sancionada farmacéutica que alega una urgencia para su no presencia hubiera sido el cierre del botiquín y no un convenio con el médico para atender el botiquín.

**PRECEPTOS:**

Ley Asturias 1/2007, de 16 de marzo (de Farmacias), arts. 36, 37, 38, 66 j), 67 c) y 70.  
Ley 29/2006 (de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios), art. 20 a).  
Constitución española, art. 24.

**PONENTE:**

*Don Francisco Salto Villen.*

Magistrados:

Don FRANCISCO SALTO VILLEN  
Don JESUS MARIA CHAMORRO GONZALEZ  
Don MARIA JOSE MARGARETO GARCIA

**T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)**

OVIEDO

SENTENCIA: 00190/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION N.º: 219/2015

APELANTE: D<sup>a</sup> María Luisa

Procuradora: D<sup>a</sup> Asunción Fernández Urbina



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

APELADO: CONSEJERÍA DE SANIDAD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Representante: Sr. Letrado del Principado

SENTENCIA DE APELACIÓN

Ilmos Sres.:

Presidente:

D. Jesús María Chamorro González

Magistrados:

Dña. María José Margareto García

D. Francisco Salto Villén

En Oviedo, a veintiuno de marzo de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 219/2015, interpuesto por D<sup>a</sup> María Luisa , representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Asunción Fernández Urbina, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Oviedo, de fecha 30 de julio de 2015 , siendo parte Apelada la CONSEJERÍA DE SANIDAD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, representada por el Sr. Letrado del Principado. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Salto Villén.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Primero.**

El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 60/15, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de los de Oviedo.

##### **Segundo.**

El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 30 de julio de 2015 . Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

##### **Tercero.**

Conclusa la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 17 de marzo pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Luisa se somete a la consideración de esta Sala la Sentencia, de fecha 30 de julio de 2015, dictada por el Juzgado nº 1 de los de Oviedo, que desestimó el recurso formulado por la aquí apelante contra la Resolución de la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias, de fecha 17 de diciembre de 2014, que le impuso una sanción de 35.000 euros de multa por funcionar el botiquín de la localidad de Grullas, vinculado a la Oficina de Farmacia O-191-F de San Román de Candamo, sin la presencia y actuación profesional del farmacéutico responsable.

### Segundo.

La recurrente alega, en primer lugar, error en la valoración de la prueba documental: un certificado emitido por la residencia geriátrica "LA CASONA", y otro emitido por Facultativo del SESPA, así como de la prueba documental fotográfica; en segundo lugar, alega la vulneración a la tutela judicial efectiva, por haber dictado el mismo Juzgado una sentencia quince días antes en la que contemplando hechos similares, en aquél caso estimó el recurso del titular de la farmacia, de lo que deduce la existencia de cosa juzgada, y que la conducta debe tipificarse como infracción leve; en tercer lugar alega la nulidad radical del acta de infracción por inexactitud en el relato de los hechos; en cuarto lugar y solo de modo subsidiario, solicita la no condena en costas, con base a la existencia de la anterior sentencia estimatoria de lo que se desprende la existencia de serias dudas de derecho.

Opone la Administración, que el hecho de estar presente en la dispensación de los medicamentos un médico, ello si bien minimiza el riesgo para la salud, debe rechazarse que los médicos puedan sustituir al farmacéutico en su función, esto en cuanto al tipo infractor que fue directamente observado por el inspector pese a lo alegado de contrario; en lo que concierne a la supuesta vulneración de la tutela judicial efectiva con base a que el Juzgado ha dictado otra sentencia de signo contrario para caso idéntico, opone que no cabe apreciar entre ambos casos la identidad alegada; y en cuanto la alegada posibilidad de tipificar la conducta como infracción leve también la rechaza porque la conducta es subsumible en el tipo previsto en el artículo 67 c) de la Ley 1/2007, y no en el artículo 66 j) de la misma Ley

### Tercero.

Antes de continuar adelante con el examen de las distintas cuestiones suscitadas en la presente instancia, conviene recordar la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ( SSTS, entre otras muchas, de 3 de junio de 1982, 13 de enero de 1992 y 24 de julio de 1996 ) en la que se señala que "no cabe confundir el recurso de apelación con una segunda instancia en la que se discutan de nuevo la totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho resueltas por la sentencia apelada. Por el contrario, el apelante debe esforzarse en demostrar que la sentencia del Tribunal de instancia vulnera el ordenamiento jurídico, constituyendo una desnaturalización del recurso la reiteración de los argumentos ya esgrimidos en el proceso ante aquella instancia".

También conviene dejar sentado que el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el Juzgador de instancia. Sin embargo la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediatez y por tanto dispone de una percepción directa de aquella, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el Tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba llevadas a cabo defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo dialéctico alguno, porque el error es patente y claro.

Esta doctrina es aplicable al caso de autos, ya que no se aprecia el error que se alega, pues como dice el Juzgador de instancia, poco importa el lugar de observación del inspector, dadas las reducidas dimensiones (lo que se aprecia muy bien en las fotografías aportadas a los autos), siendo determinante que el botiquín estaba abierto y en funcionamiento, cosa que era evidente, puesto que salía del mismo una persona a la que se le dispensó medicamento. Estos hechos, además, se desprenden sin lugar a dudas del propio certificado obrante al folio 32 del expediente administrativo, donde se hace constar por la facultativa del Servicio de Salud que se prescribieron medicamentos y que los mismos se dispensaron bajo sus expresas indicaciones y control ante su presencia, conducta que no se explicaría si la dispensa se hubiera efectuado en presencia de la titular de la farmacia.

Por otro lado, como también se razona en la sentencia apelada, del documento presentado para acreditar la urgencia no se deduce la misma, valoración que no estimamos errónea, pero en todo caso, como también razona el Juez "a quo" el deber de la sancionada hubiera sido el cierre del botiquín y no un convenio con la médico para atender el botiquín.

#### **Cuarto.**

Sentado lo anterior, y en cuanto a la tipificación de los hechos, el artículo 36. de la Ley 17/2007 (definición y disposiciones generales), establece que:

"1. Los botiquines son establecimientos sanitarios autorizados para la tenencia, conservación y dispensación de medicamentos y productos sanitarios bajo la responsabilidad y dirección técnica del titular de una oficina de farmacia.

2. Por razones de emergencia, podrá autorizarse excepcionalmente la apertura de un botiquín en las parroquias o núcleos de población de ámbito inferior al concejo en donde no pueda instalarse una oficina de farmacia por no cumplirse los requisitos exigidos en la presente Ley y se den circunstancias de lejanía, de difícil comunicación con la oficina de farmacia más cercana, altas concentraciones temporales de población o cuando concurren situaciones especiales que lo hagan aconsejable para garantizar la adecuada atención farmacéutica a la población.

3. También procederá la autorización de un botiquín para prestar la atención farmacéutica a la población en tanto en cuanto se resuelvan los procedimientos de autorización de nueva oficina de farmacia, en aquellos casos en los que se haya concedido una autorización de cierre."

Y el artículo 37. (vinculación de los botiquines), dice que:

"1. Los botiquines estarán necesariamente vinculados a una oficina de farmacia, preferentemente la más próxima de la misma zona farmacéutica. El botiquín estará bajo la responsabilidad del farmacéutico titular o de los farmacéuticos cotitulares de la oficina de farmacia a la que se haya vinculado, que asegurarán la cobertura de la asistencia farmacéutica



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

de acuerdo con las necesidades para las cuales fue establecido el botiquín, así como del correcto almacenaje, custodia y conservación de los medicamentos y productos sanitarios.

2. Reglamentariamente se establecerá el orden de prioridades para determinar su vinculación y el número máximo de botiquines dependientes de una misma oficina de farmacia."

Y, en fin, el artículo 38. (dispensación), preceptúa que:

"1. La presencia física y la actuación profesional de un farmacéutico serán indispensables para el funcionamiento del botiquín en las horas en que éste permanezca abierto.

2. Dependiendo de las características y necesidades de la población a atender, la Consejería competente en materia de salud determinará el horario en el que deberá permanecer abierto el botiquín.

3. Se podrá autorizar al farmacéutico titular de la oficina de farmacia a la que esté vinculado a realizar horarios compatibles entre la oficina de farmacia y el botiquín, previa solicitud y con la finalidad de conseguir una mejor adaptación a las necesidades de atención farmacéutica de la población."

Por su parte el artículo 67. (infracciones graves), establece que:

Constituyen infracciones graves las acciones u omisiones siguientes:

"c) Funcionar los servicios farmacéuticos, oficinas de farmacia y botiquines autorizados sin la presencia y la actuación profesional del farmacéutico responsable."

Hecho este que es el declarado probado.

De otro lado, el artículo 20 a) de la Ley 29/2006 establece también como infracción grave: "Funcionar, los servicios farmacéuticos y oficinas de farmacia, sin la presencia y actuación profesional del farmacéutico responsable".

#### **Quinto.**

De los preceptos legales y reglamentarios citados en el precedente ordinal, se deduce que para que exista la infracción grave imputada es preciso que funcione la oficina de farmacia o botiquín sin la presencia del "farmacéutico responsable", y es lo cierto que en el caso de autos cuando se ha realizado la visita de inspección se estaban despachando los medicamentos que se identifican en el acta sin la presencia del titular de la farmacia ni de ningún otro farmacéutico responsable.

En consecuencia, la sanción impuesta por este hecho ha de ser confirmada, sin que se pueda reducir la misma por no existir fundamento para ello, ya que se impone la sanción dentro del tramo inferior previsto en el artículo 70 de la Ley 1/2007, pese a que se aprecia la intencionalidad del farmacéutico de que la oficina funcione despachando medicamentos sin su presencia o la de un farmacéutico responsable.

#### **Sexto.**

En cuanto a la alegada infracción de la tutela judicial efectiva, si bien el Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 27-1-1998, nº 23/1998, en su fundamento de derecho segundo, dice



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

que la alegada vulneración del art. 24 C.E . debe ser desestimada, pues, ante todo, no vulnera este precepto constitucional el hecho de que Tribunales distintos dicten Sentencias contradictorias, en todo caso para que tal vulneración se haya producido sería necesaria la existencia de esas dos sentencias contradictorias, que son negadas por la parte apelada, y así, en la sentencia que se cita y se transcribe en parte por la apelante de contraste, los hechos son bien distintos ya que en aquél caso la titular de la farmacia indicó a la ayudante que se avisase "a la gente" que no iba a estar en el Botiquín (por tener que ser atendida la propia farmacéutica de una lesión en un dedo), y que por ello no se iban a dispensar medicamentos, aunque luego, según se desprende de la transcripción parcial de la sentencia, no se produjo el cierre inmediato y se dispensaron medicamentos.

#### **Séptimo.**

En lo que se refiere a las costas de esta segunda instancia, pese a lo alegado por la parte apelante, no se aprecian serias dudas de hecho ni de derecho, y en consecuencia se ha de aplicar lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , si bien con el límite máximo por todos los conceptos de 300 €, vista la índole de esta apelación así como la dedicación de la parte apelada en esta alzada

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

#### **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de esta clase interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Luisa contra la Sentencia, de fecha 30 de julio de 2015 , dictada por el Juzgado nº 1 de los de Oviedo.

Se imponen las costas de este recurso de apelación a la parte apelante, con el límite máximo indicado.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.