|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 18/1983 |
| Fecha | de 18 de enero de 1983 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Jerónimo Arozamena Sierra, don Ángel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Francisco Rubio Llorente, doña Gloria Begué Cantón, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant, don Ángel Escudero del Corral y don Antonio Truyol Serra. |
| Núm. de registro | 264-1982 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 264/1982 |
| Fallo | En consecuencia y de conformidad con el art. 37.1 de la LOTC, el Tribunal en Pleno acuerda que no ha lugar a admitir la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial deBarcelona en Autos núm. 235/1980, sin perjuicio de que dicha cuestión pueda plantearse de nuevo ante este Tribunal cumpliendo con todos los requisitos exigidos por el núm. 2 del art. 35 de la LOTC. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. En el curso del proceso núm. 235/1980 sustanciado ante la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona a instancia de doña Raquel Olivella Miquel contra el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y en el que aquélla había impugnado sendos acuerdos de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Provincia de Barcelona y del citado Consejo General por los que se denegaba la solicitud de la señora Olivella en orden a la instalación de una oficina de farmacia en Vallirana (Barcelona), la representación de la parte coadyuvante suscitó, en el escrito de conclusiones y reiteró posteriormente el 17 de febrero al serle notificada la providencia por la que se fijaba el día y hora para la votación y fallo del recurso, la cuestión de si era o no constitucional la base XVI de la Ley de Bases de Sanidad Nacional (LBSN) en cuanto limita el establecimiento de las oficinas de farmacia.

2. La Sala mencionada, por providencia de 3 de marzo del presente año, acordó, «de conformidad con lo establecido en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en un plazo común e improrrogable de diez días pudieran alegar lo que a su derecho conviniera sobre la cuestión suscitada por la parte coadyuvante en el escrito de 17 de febrero anterior, escrito éste cuya copia se remitió, al mismo tiempo que la citada providencia, a las partes demandante y demandada y al Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, en escrito de 11 de marzo siguiente, considera que no existe inconstitucionalidad en la LBSN y, en concreto, en su base XVI, en cuanto limita la libre instalación de oficinas de farmacia, ya que dicha limitación no aparece contraria a ningún precepto de la Constitución.

Por su lado, la representación de la parte demandante, en escrito de 12 de marzo y tras señalar que desconocía que se hubiera planteado la cuestión de inconstitucionalidad aludida por no haber tenido copia del escrito de conclusiones de ninguna de las otras partes y, en concreto, de lo que a tal respecto pudiera haber dicho el coadyuvante y que, por tanto, no podía alegar nada, puesto que ignoraba cuál era la cuestión planteada y en relación con qué norma constitucional estaba en contradicción la base referida de la LBSN, solicitó de la Sala dictase Auto en el que se dejase sin efecto la providencia citada, mandando dos copias de los escritos de conclusiones sucintas a las partes para poder alegar lo que les conviniera o bien desestimar de oficio, por improcedente, la petición del coadyuvante.

Por último, la representación de la parte demandada, en escrito de 7 de marzo, tras señalar que al no habérsele dado traslado de las conclusiones sucintas presentadas por el coadyuvante desconocía las razones en las que se basaba éste para suscitar la referida cuestión de inconstitucionalidad. interpuso recurso de súplica contra la providencia de 3 de marzo solicitando que se anulara y ordenara bien que se le hiciera entrega del escrito de conclusiones formulado por el coadyuvante, bien que se cumpliera cuanto dispone el núm. 2 del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y, en concreto, lo relativo a la cita del precepto constitucional que se consideraba posiblemente infringido. La propia parte demandada, en posterior escrito de alegaciones de 10 de marzo, tras insistir en que la actuación de la Sala le producía indefensión, que la cuestión de inconstitucionalidad estaba mal planteada y que, en todo caso, la base XVI de la LBSN no era inconstitucional, solicitó de la referida Sala acordase declarar mal iniciado el posible planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, anular las actuaciones practicadas ordenando la entrega a las partes personadas en el recurso y al Fiscal de copia del escrito de conclusiones que en su día había presentado la parte coadyuvante y, de no aceptarse los anteriores pedimentos, declarar que la base XVI de la LBSN no se oponía el art. 35 de la Constitución ni a ningún otro precepto de ella, por lo que no procedía plantear ante el Tribunal Constitucional la referida cuestión de inconstitucionalidad.

3. Dado traslado a las partes actora y coadyuvante así como el Ministerio Fiscal de dicho escrito de recurso, para que alegasen lo que a su derecho conviniera, por providencia de 12 de marzo el Ministerio Fiscal, en escrito de 29 del mismo mes, manifestó que la cuestión previa de inconstitucionalidad estaba correctamente planteada por la Sala, ya que el art. 35 de la LOTC no exige que el Tribunal especifique el precepto constitucional que se supone vulnerado cuando suscite dicha cuestión ante las partes sino sólo cuando la plantee al Tribunal Constitucional en el Auto correspondiente.

Por Auto de 15 de abril siguiente, la Sala acordó «con absoluta abstracción de la decisión final que en torno a tal cuestión prejudicial» pudiera adoptar el órgano jurisdiccional, «desestimar el recurso de súplica interpuesto y, consiguientemente, proseguir el trámite iniciado, provisionalmente suspendido por la interposición» de dicho recurso.

4. Mediante Auto de fecha de 29 de abril, la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona plantea ante este Tribunal la posible inconstitucionalidad de la base XVI de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, así como las disposiciones de menor rango que la desarrollan por hallarse, a su entender, en contradicción al derecho de los españoles a elegir libremente su profesión u oficio, reconocido en el art. 35 de la Constitución.

En el considerando que precede a la parte dispositiva de dicho Auto, la Sala citada señala que habida cuenta de que las disposiciones básicas que reglamentan la intervención administrativa respecto de las oficinas de farmacia tienen su origen en la Ley de Bases mencionada -base XVI-, desarrollada primero por el Decreto de 31 de mayo de 1957, Orden del Ministerio de la Gobernación de 1 de agosto de 1959 y, en la actualidad, por el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril y Orden de 21 de noviembre de 1979 -que desarrolla el Real Decreto citado- tienen hoy una dudosa constitucionalidad, como ya declara la propia Sala en Sentencia de 10 de marzo de 1981, «pues consagrado en el art. 35 de la Constitución el derecho de los españoles a elegir libremente la profesión u oficio, quiebra el criterio restrictivo establecido en la legislación farmacéutica con el aludido derecho constitucional y el principio de igualdad ante la Ley, proclamado en el art. 14 de la Suprema Norma, en cuanto condiciona con el soporte jurídico de la Ley de Bases de 1944 el ejercicio de una actividad profesional al cumplimiento de determinados presupuestos objetivos, extraña a la seguridad pública que la referida Ley pretende tutelar», somete la cuestión al supremo intérprete de la Constitución, «por ser esta legislación el fundamento obstativo de la pretensión actora».

5. Por providencia de 16 de julio pasado la Sección Segunda del Pleno de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.1 de la LOTC, oír al Fiscal General del Estado por plazo de diez días sobre la admisión de dicha cuestión porque algunas de las normas de cuya constitucionalidad se duda no tienen rango ni fuerza de Ley y porque la Sala promotora de la cuestión no ha concretado el precepto legal cuya constitucionalidad se cuestiona ni ha justificado en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de las normas cuestionadas.

6. El Fiscal General del Estado, en escrito de 27 de julio del presente año, interesa de este Tribunal resolución en virtud de la cual se acuerde la inadmisión de la aludida cuestión de inconstitucionalidad con base en los siguientes motivos que, en síntesis, recogemos a continuación:

A) El error en la determinación de la Ley cuya constitucionalidad se cuestiona e imprecisión del acuerdo por el que se sometió a las partes personadas en el proceso la cuestión suscitada.

Aparte de que, según las ocasiones, se habla de Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1941, de 1944 o de 1974, del estudio de los Autos núm. 235/1980 se deduce la existencia de una serie de actuaciones de dudosa corrección procesal, hasta el punto de que la parte demandada en el proceso se ve en la precisión de recurrir la providencia de 3 de marzo del año en curso por la que se accede a lo interesado por el coadyuvante y se otorga plazo de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo pertinente acerca de la oportunidad de tramitar la cuestión suscitada.

A juicio del Ministerio Fiscal, la imprecisión del referido acuerdo del Tribunal es de tal naturaleza que sería de por sí suficiente para que se tuviera por mal tramitada la cuestión desde el instante mismo en que: a) no se dice qué norma se cuestiona; b) no se establece frente a qué precepto constitucional se entiende en oposición, y c) no se señala relación de dependencia entre la validez de la norma -desconocida para la susodicha providencia- que se menciona y el fallo a producir.

B) La falta de rango legal de algunas de las normas cuya constitucionalidad se cuestiona.

La cuestión está defectuosamente planteada, ya que se propone en relación tanto con una norma con rango de Ley -la Ley de Bases de Sanidad Nacional-, como con otras «disposiciones de rango menor que la desarrollan», entre las que el Auto de reenvío cita como vigentes - ya que se refiere también a otras derogadas reguladoras de la materia- el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, y la Orden de 21 de noviembre de 1979, disposiciones estas últimas de naturaleza reglamentaria que no pueden ser conocidas por el Tribunal Constitucional en este aspecto, sin perjuicio de la competencia de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo para pronunciarse acerca de tales disposiciones reglamentarias, como se desprende del art. 1 de la Ley de dicha jurisdicción.

C) Falta de concreción del precepto legal cuya constitucionalidad se discute.

Aun partiendo del supuesto de que la norma objeto de la cuestión suscitada venga determinada por la base XVI de la LBSN, es suficiente la lectura de tal base para encontrar que en su seno se recogen pluralidad de materias y regulación de aspectos muy diversos relativos a «servicios farmacéuticos», gran parte de los cuales no guardan relación alguna, directa ni indirecta, con el tema sometido a conocimiento del Tribunal Contencioso-Administrativo.

La «concreción» de la Ley cuestionada a que refiere el art. 35.2 de la LOTC ha de entenderse no sólo de la Ley in toto, sino de aquellos aspectos de la misma y, en este caso, de la base XVI, que se entiendan en oposición a los preceptos constitucionales que se citen.

D) La falta de justificación de la medida en que la decisión del proceso depende de la validez de las normas cuestionadas.

Los requisitos de «especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión» exigidos por el art. 35.2 de la LOTC, de acuerdo con el art. 163 de la Constitución, no son alternativos, de modo que el Juzgado o Tribunal que promueva la cuestión no puede limitarse a «especificar» o señalar, sino que, además, ha de «justificar», lo que requiere un razonamiento que lleve al convencimiento del Tribunal Constitucional que, en efecto, el fallo será de uno u otro sentido según entre en juego o no la norma cuestionada.

Pues bien, a juicio del Fiscal General del Estado, en el Auto de reenvío no solamente no se especifica esa «medida», sino que ni siquiera se hace un mero intento de «justificar» la relación de dependencia entre validez de las normas -no sólo la de rango legal- y el fallo a producir, hasta el punto de que puede decirse que dicho Auto se mueve en la línea de un proceso de inconstitucionalidad y no en el de una cuestión de inconstitucionalidad.

7. El Pleno del Tribunal en su sesión de 18 de noviembre de 1982 acordó, en providencia de la misma fecha, conceder un plazo de diez días a la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Barcelona en el que podría subsanar la omisión relativa a especificar y justificar en qué medida la decisión del recurso contencioso-administrativo depende de la validez de la base XVI de la Ley de 25 de noviembre de 1944 y para que complete, mediante Auto, el del planteamiento de la cuestión.

8. En contestación a la anterior providencia, la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de referencia manifiesta en su escrito de 1 de diciembre de 1982 lo siguiente: a) No haber lugar a la petición que se formula; b) la no existencia de cauce procesal adecuado para dictar nuevo Auto, y c) que del examen de los antecedentes, cuyos originales se remitieron al T.C., «se desprende en que medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada».

##### II. Fundamentos jurídicos

1. De la lectura de los Autos núm. 235/1980 remitidos por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona y, en concreto, de la providencia de dicha Sala de 3 de marzo pasado, se deduce que, en el incidente previo el planteamiento de la cuestión ante este Tribunal no se había concretado el precepto constitucional que se suponía infringido ni se había especificado ni justificado en qué medida la decisión del proceso dependía de la validez de la norma en cuestión.

En efecto, la citada providencia se limitaba a señalar lo que quedó recogido en el antecedente núm. 2 y a remitirse implícitamente en cuanto al tema sobre el que habían de versar las alegaciones al contenido del escrito de 17 de febrero de la parte coadyuvante cuya copia -como igualmente indicamos antes- se trasladó a las demás partes y al Ministerio Fiscal.

Ahora bien, en dicho escrito, tras indicarse que la parte reiteraba su petición formal de que la Sala plantease ante el Tribunal Constitucional la cuestión de si era o no constitucional la base XVI de la LBSN en cuanto limitaba el establecimiento de las oficinas de farmacia y que a todos los efectos daba por reproducida la alegación 4.ª del escrito de conclusiones sucintas, al igual que el otrosí contenido en el mismo, solicitaba si era constitucional o inconstitucional la base XVI de la LBSN, que limita el establecimiento de las oficinas de farmacia.

El problema, pues, a resolver a la vista tanto del desenvolvimiento posterior del referido incidente previo -tal como ha quedado reflejado en los núms. 2 y 3 de los antecedentes- como del primero de los motivos de oposición formulados por el Ministerio Fiscal a la admisión de la presente cuestión -imprecisión del acuerdo por el que la Sala sometió a las demás partes personadas en el proceso contencioso-administrativo la cuestión suscitada por el coadyuvante- es si dicha cuestión está afectada de un defecto de tal naturaleza en el trámite previo de audiencia a las partes del proceso principal que impide su consideración por este Tribunal.

Dicho en otras palabras, lo que ha de resolverse es si, como sostiene implicitamente el Fiscal General del Estado, los requisitos a que se refiere el art. 35.2 de la LOTC han de cumplirse no sólo en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sino también en el planteamiento previo de dicha cuestión ante las partes en el incidente anterior a la remisión del Auto correspondiente a este Tribunal.

Pues bien, a juicio del Tribunal, de una interpretación literal del art. 35.2 de la LOTC, se deduce que el cumplimiento de tales requisitos solamente es exigible en relación con el primer supuesto, es decir, el Auto de remisión al Tribunal Constitucional.

El único requisito necesario y suficiente en esa fase previa al planteamiento formal de la referida cuestión por el Juez o Tribunal es que tal cuestión quede mínimamente identificada por aquéllos ante las partes: Concretamente, que se determine el precepto legal cuya constitucionalidad se cuestiona, sin que sea, por consiguiente, imprescindible que el órgano judicial ponga de manifiesto a las partes el precepto constitucional que se supone infringido ni especifique y justifique en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma legal en cuestión.

Sólo cabría entender mal suscitada la cuestión por el Juez o Tribunal si en la audiencia a las partes sobre la misma no determinase en absoluto el precepto legal de cuya constitucionalidad podía dudarse y ello porque, en tal supuesto, las partes no podrían en realidad hacer alegación alguna sobre aquélla.

En el caso que contemplamos, sin embargo, tal requisito mínimo concurre, ya que si bien no se hace mención directa del precepto legal cuestionado en la providencia por la que se da audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, si se alude expresamente a él -concretamente, a la base XVI de la LBSN- en el escrito de la parte coadyuvante que se remite a las demás partes y al Ministerio Público.

Por otro lado, no se ha producido la indefensión que denunció en sus escritos de recurso de súplica y de alegaciones la demandante. Y no hay indefensión porque el interés jurídicamente protegido por la LOTC en relación con las partes de un proceso ordinario en el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es únicamente el de hacerse oír en el trámite o incidente previo sobre la misma, siempre que esté mínimamente identificada por el órgano judicial, sin necesidad del cumplimiento de los requisitos a que antes se hizo alusión. Y ello porque ni tales partes están legitimadas en el proceso ante este Tribunal sobre la cuestión de inconstitucionalidad que plantea el Juez o Tribunal ordinarios, ni su derecho a obtener una decisión fundada en Derecho sobre sus respectivas pretensiones incluye el de conocer el precepto constitucional que se supone infringido ni el de que se haya especificado y justificado por aquellos órganos judiciales en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma legal cuestionada.

2. Aunque el primer motivo de inadmisibilidad aducido por el Ministerio Fiscal al que nos hemos referido en el fundamento precedente no puede ser acogido, como tampoco el consistente -y alegado simultáneamente con el anterior- en el error en la determinación de la Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, ya que, como es obvio, la indicación de fechas distintas -1941, 1944 y 1974- a propósito de la LBSN en los diversos apartados del Auto de remisión es fruto, sin duda, de simples errores mecanográficos de transcripción, concurre, sin embargo, en dicho Auto el defecto advertido en nuestra providencia de 16 de julio pasado consistente en la falta de justificación de la medida en que la decisión del proceso contencioso-administrativo depende de la validez de la norma legal cuestionada, tal como exige el art. 35.2 de la LOTC.

Bien entendido que si este Tribunal dio la oportunidad de proceder a dicha subsanación a la Sala Segunda de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Barcelona fue por estimar que en toda cuestión de inconstitucionalidad subyace, en cierto modo, y con independencia del interés de las partes en que se resuelva de una u otra manera el pleito en el que se han personado, un interés objetivo, por decirlo gráficamente, a la depuración del ordenamiento legal de acuerdo con el parámetro que representa la Constitución como norma fundamental, un interés, además, que trasciende incluso al del propio órgano judicial en plantear o no la cuestión ante este Tribunal Constitucional.

Ahora bien, como ofrecida esa posibilidad de subsanación la Sala ha reiterado, sin ulterior argumentación, que del examen de los antecedentes se desprende en qué medida la decisión del proceso (contencioso) depende de la norma cuestionada, este Tribunal se ve en la precisión de rechazar la cuestión planteada por no haber cumplido dicha Sala con uno de los requisitos establecidos en el art. 35.2 de la LOTC. En efecto, la Sala citada se limita a decir, al final del considerando del Auto de reenvío, que somete dicha cuestión al supremo intérprete de la Constitución «por ser esta legislación el fundamento obstativo a la pretensión actora».

Tan sucinta argumentación no reúne sin embargo los requisitos necesarios del «juicio de relevancia» que impone al Juez o Tribunal a quo el precepto mencionado de la LOTC. Y es que, como ha señalado este Tribunal, el órgano judicial de reenvío está obligado a exponer «el esquema argumental en razón del cual el contenido de su fallo depende precisamente de la validez de la norma cuya constitucionalidad cuestiona, pues sólo a la luz de esta exposición podrá este Tribunal juzgar sobre la legitimidad del planteamiento que, en cuanto puede llevar a una decisión tan grave y trascendente como es la de anular una norma que emana de la voluntad popular a través de sus representantes (o cuya derogación o modificación, cuando así no fuese, no han sido acometidas por éstos), sólo es admisible en la medida en que la respuesta que de nosotros se solicita resulte imprescindible para fundamentar el fallo» (Sentencia de 1 de junio de 1981), asunto núm 231/1980; fundamento jurídico núm. 1, in fine).

3. Este Tribunal ha insistido ya en varias ocasiones y, en especial, y aparte de la resolución que acaba de citarse, en la Sentencia de 29 de abril de 1981 (asunto núm. 17/1981) sobre la necesidad de que concurran todos los requisitos exigidos por la LOTC para la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, destacando, al mismo tiempo, el rigor con que ha de operar el mismo en el control de la concurrencia de tales requisitos en cada caso concreto.

Sobre las razones que abonan tal postura ha insistido de manera especial y con toda rotundidad la Sentencia de 1 de junio de 1981, de la que destacamos a continuación los dos párrafos más significativos a ese respecto (fundamento jurídico núm. 1):

«La extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional obliga ... a extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como seria, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita.

Los requisitos que la Ley Orgánica del Tribunal impone al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad tiene su evidente razón de ser precisamente en la necesidad de asegurar que aquéllas sirven estrictamente a su finalidad, y el control de admisibilidad que este Tribunal ha de ejercer es el medio indispensable para verificar la existencia de esos requisitos.» Ahora bien, y sin perjuicio de reiterar en el caso presente la doctrina que acaba de recogerse, este Tribunal considera oportuno manifestar que, dado el interés objetivo que, como antes hemos apuntado, ofrece toda cuestión de inconstitucionalidad, el hecho de no admitir una cuestión debido a la concurrencia de determinados defectos en el planteamiento de la misma, no empece la posibilidad de un replanteamiento de aquélla por el propio Juez o Tribunal si se cumplen ulteriormente todos los requisitos de admisibilidad exigidos por la LOTC.

ACUERDA

En consecuencia y de conformidad con el art. 37.1 de la LOTC, el Tribunal en Pleno acuerda que no ha lugar a admitir la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de

Barcelona en Autos núm. 235/1980, sin perjuicio de que dicha cuestión pueda plantearse de nuevo ante este Tribunal cumpliendo con todos los requisitos exigidos por el núm. 2 del art. 35 de la LOTC.

Madrid, a dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y tres.