|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 18/2019 |
| Fecha | de 12 de marzo de 2019 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 140-2019 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 140-2019 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Con fecha 9 de enero de 2019 tuvo entrada en el registro general del Tribunal Constitucional escrito de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con sede en A Coruña, por el que se remite, junto al testimonio de las actuaciones (procedimiento ordinario 4551-2016), el auto de 29 de noviembre de 2018 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 20.1 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, y de la disposición transitoria única de la Ley del Parlamento de Galicia 4/2005, de 17 de marzo, de modificación de la Ley 5/1999, por posible vulneración del art. 14 CE. Se transcriben las disposiciones objeto de la cuestión:

Art. 20.1 de la Ley 5/1999:

“Caducidad de la autorización.

1. Las autorizaciones de funcionamiento de oficinas de farmacia caducarán al cumplir el farmacéutico a cuyo nombre se extienda la autorización 70 años de edad.

En este caso, con un mes de antelación a que se produzca la caducidad, habrá de comunicar esta circunstancia a la delegación provincial de la Consellería de Sanidad correspondiente para proceder al cierre. De no comunicarlo, se iniciará expediente de cierre, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el artículo 56 b) 1 a) que pudiera dar lugar de no hacerlo.

Sin embargo, no se procederá al cierre cuando el titular hubiese ejercitado su derecho de transmisión de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley”.

Disposición transitoria única de la Ley 4/2005:

“Lo dispuesto en el artículo 20.1 no será de aplicación a los titulares de las oficinas de farmacia autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley de modificación hasta que transcurra un plazo de cinco años desde su entrada en vigor”.

2. Son antecedentes relevantes para la resolución de este proceso constitucional los siguientes:

a) El 22 de abril de 2016 la recurrente, doña M.A.P., titular de una oficina de farmacia, presentó escrito ante la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia, solicitando autorización para continuar como titular de la oficina una vez cumplidos los setenta años de edad (a fecha 16 de enero de 2019). Instaba la derogación de la normativa opuesta a dicha pretensión, por considerarla inconstitucional y contraria al Derecho europeo.

b) La solicitud se denegó mediante resolución de 4 de julio de 2016, por extemporánea (al no haber cumplido la interesada los setenta años de edad a la fecha de la solicitud), y porque el Tribunal Constitucional sancionó la validez de la declaración de caducidad de la autorización en la STC 152/2003, de 17 de julio. Interpuesto recurso de alzada contra dicha resolución, se produce primero su desestimación presunta y, mediante resolución de 24 de enero de 2017, su desestimación expresa. La interesada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio del recurso de alzada y, mediante ampliación de la demanda, contra la resolución de 19 de enero de 2017, dando lugar al procedimiento ordinario núm. 4551-2016.

c) Mediante providencia de 16 de octubre de 2018, el órgano judicial acordó iniciar el trámite previsto en el art. 35.2 LOTC, dando audiencia a las partes y al ministerio fiscal sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 20.1 de la Ley 5/1999 y la disposición transitoria única de la Ley 4/2005.

Al evacuar dicho trámite, el ministerio fiscal manifestó que, a la luz de la doctrina constitucional, sería innecesario formular cuestión de inconstitucionalidad en lo tocante al límite de edad (art. 20.1 de la Ley 5/1999). Añadió que cabría la posibilidad de considerar arbitrario e irrazonable el plazo de cinco años fijado en la disposición transitoria única de la Ley 4/2005, por generar una duda razonable de inconstitucionalidad. La recurrente reiteró la procedencia de la cuestión de inconstitucionalidad sobre ambos preceptos, por posible vulneración de los arts. 9.3, 14 y 35 CE. La Xunta de Galicia consideró improcedente su planteamiento, por tratarse de una cuestión que ya ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional.

d) Por auto de 29 de noviembre de 2018, el órgano promotor acordó: “Plantear al Tribunal Constitucional la posible inconstitucionalidad del artículo 20. 1 de la Ley 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica y de la disposición transitoria·única de la Ley 4/2005, de 17 de marzo, de cuya validez depende la resolución final del presente recurso contencioso-administrativo; y ello por considerar que puede incurrir dicha normativa en vulneración del artículo 14 de la Constitución española, al establecer la caducidad de la autorización de farmacia con el cumplimiento de la edad de 70 años”.

3. El auto de 29 de noviembre de 2018 sostiene que la STC 152/2003, de 17 de julio, que entendió justificado el establecimiento de la edad máxima de setenta años por conectar con el interés público de la actividad desarrollada por las oficinas de farmacia, ha sido superada por la jurisprudencia posterior, concretamente por la STC 63/2011, de 16 de mayo, que apreció lesión del art. 14 CE en la prohibición de participar en los procesos de adjudicación de autorizaciones para la apertura de nuevas oficinas de farmacia a quienes tuvieran más de 65 años cumplidos. Tras una amplia transcripción de la STC 63/2011, el auto señala que su fundamentación jurídica es de aplicación al supuesto aquí analizado.

Razona en conclusión: “la edad es una de las circunstancias personales incluidas en la previsión del artículo 14 de la Constitución y de lo hasta aquí expuesto puede considerarse la existencia de una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, contenidos en la CE, en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Tratado de la Unión Europea, en cuanto que la normativa a que viene referida dicha cuestión incorpora una discriminación por razón de la edad sin una justificación objetiva y razonable que la haga constitucionalmente legítima”.

4. Por providencia de 29 de enero de 2019, la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional acordó oír a la fiscal general del Estado para que, en el plazo de diez días, y a los efectos que determina el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, alegase lo que considerase conveniente acerca de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuere notoriamente infundada.

5. La fiscal general del Estado presentó sus alegaciones el día 15 de febrero de 2019, instando la inadmisión por considerar la cuestión notoriamente infundada, en atención a las razones que se resumen seguidamente.

En realidad se cuestiona únicamente el primer párrafo del art. 20.l de la Ley 5/1999, habida cuenta de que todo el razonamiento que se efectúa en el auto de planteamiento se reduce a la posible inconstitucionalidad del límite de edad (setenta años) que ese precepto establece para la vigencia de las autorizaciones de funcionamiento de oficinas de farmacia. En cuanto a la disposición transitoria única de la Ley 4/2005, no se predica de ella ningún motivo de inconstitucionalidad, por lo que ha de pensarse que únicamente se invoca para justificar la aplicación del primer precepto citado a la pretensión deducida en el proceso a quo.

La STC 152/2003, tras recordar la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad, ya descartó en su fundamento jurídico 5 c) que la caducidad de la autorización por el cumplimiento de los setenta años de edad incurriera en vulneración del art. 14 CE. La cuestión de inconstitucionalidad resuelta mediante la STC 63/2011 analiza un supuesto distinto, concretamente un precepto legal que sujetaba al tope de sesenta y cinco años el desempeño farmacéutico derivado de la obtención de una nueva autorización, permitiendo sin embargo el normal ejercicio de la preexistente. Así lo especifica la citada sentencia en su fundamento jurídico 3.En consecuencia, la doctrina constitucional resultante de la STC 63/2011, FFJJ 3 a 5, que es la que el auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad entiende aplicable al caso, no puede ser en modo alguno de utilidad para resolver el litigio suscitado por la recurrente en el proceso a quo. Por el contrario, es de plena aplicación a esa hipótesis la doctrina constitucional resultante de la STC 152/2003, FJ 5 c).

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con sede en A Coruña, ha promovido cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 20.1 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, y de la disposición transitoria única de la Ley del Parlamento de Galicia 4/2005, de 17 de marzo, de modificación de la Ley 5/1999, por posible vulneración del art. 14 CE.

Para el órgano judicial, establecer la edad de setenta años como causa de caducidad de la autorización de funcionamiento de una oficina de farmacia contradice la doctrina constitucional, invocando al efecto la STC 63/2011, de 16 de mayo.

La fiscal general del Estado se opone a la admisión a trámite de la cuestión, por estimarla notoriamente infundada en el sentido dispuesto por el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

2. Este Tribunal ha reiterado que el concepto de cuestión “notoriamente infundada” del art. 37.1 LOTC “encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, existiendo supuestos en los que un examen preliminar permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad trasladada por el órgano judicial” (por todos, ATC 109/2017, de 18 de julio, FJ 2).

Es el caso de la presente cuestión de inconstitucionalidad que, como solicita la fiscal general del Estado, debe inadmitirse a trámite.

La caducidad de las autorizaciones de las oficinas de farmacia por razón de edad ha sido examinada con anterioridad por el Tribunal Constitucional, desde idéntica perspectiva a la que plantea nuevamente esta cuestión de inconstitucionalidad. La STC 152/2003, de 17 de julio, enjuició entre otros el art. 20 de la propia Ley 5/1999, que en su redacción originaria ya contenía la regla de caducidad por razón de edad. El Tribunal descartó que dicha regla incurriera en vulneración del art. 14 CE, en atención al siguiente razonamiento:

“‘[C]omo tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

En resumen, el principio de igualdad, no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas)’ [STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 a)].

De acuerdo con esta doctrina, es claro que el elemento diferenciador que en cuanto a la caducidad de la autorización supone el cumplimiento de setenta años de edad o el fallecimiento del farmacéutico, encuentra una justificación razonable y proporcionada en el interés público al que la autorización administrativa está vinculado. En el segundo caso, en razón a que el titular no puede continuar ejerciendo la actividad para la que fue autorizado. Y en el primero, porque el cumplimiento de aquella edad pudiera mermar la prestación de la actividad en las condiciones que requiere la finalidad a la que sirve. Considerando también que, respecto de este segundo supuesto, la aludida caducidad no enerva la posibilidad de la transmisión de los elementos patrimoniales de la oficina (art. 25.3), de un lado, y tampoco impide el ejercicio de su actividad profesional en otras áreas, la diferencia de trato que supone la caducidad de la autorización está justificada y no conlleva consecuencias desmedidas” [FJ 5 c)].

La posterior STC 63/2011, de 16 de mayo, que para el órgano judicial promotor de esta cuestión supone una evolución o superación de la doctrina que acaba de transcribirse, examina un supuesto distinto, como advierte expresamente: “La doctrina sentada en estas dos últimas sentencias (SSTC 109/2003 y 152/2003) no es trasladable automáticamente a este caso, pues en aquellas la edad de setenta años limitaba con carácter general el ejercicio de la actividad habilitada por una autorización de farmacia mientras que el precepto legal que enjuiciamos solo sujeta al tope de sesenta y cinco años el desempeño farmacéutico derivado de la obtención de una nueva autorización, permitiendo sin embargo el normal ejercicio de una preexistente, lo que es una diferencia relevante a la hora de ponderar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción por razón de edad establecida en aras a garantizar el correcto ejercicio de una actividad de interés público” (FJ 3 in fine). El mismo criterio sostuvieron las posteriores SSTC 79/2011, de 6 de junio, FJ 3, y 117/2011, de 4 de julio, FJ 4.

La diferencia relevante existente entre los dos supuestos —caducidad de una autorización preexistente por razón de edad (70 años) y fijación de una edad máxima (65 años) para acceder a una nueva autorización—, subsiste actualmente en los mismos términos, e impide considerar que no resulta de aplicación la doctrina constitucional sentada en la STC 152/2003, dictada precisamente en un recurso de inconstitucionalidad que tuvo por objeto, entre otros, el mismo precepto de la Ley 5/1999, que en su redacción original ya recogía la regla de caducidad por razón de edad.

Por último, se aprecia que la duda de constitucionalidad de la disposición transitoria única de la Ley 4/2005 no aparece argumentada de forma autónoma en el auto de planteamiento. Por ello, una vez expuestas las razones por las que no se aprecia que el art. 20.1 de la Ley 5/1999 haya incurrido en inconstitucionalidad, decae asimismo la duda extendida a la norma temporal vinculada a la aplicación del citado precepto legal.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a doce de marzo de dos mil diecinueve.