|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 158/1992 |
| Fecha | de 28 de mayo de 1992 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don Carlos de la Vega Benayas, don Luis López Guerra y don José Vicente Gimeno Sendra. |
| Núm. de registro | 1929-1990 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.929/1990 |
| Fallo | Por lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del recurso de amparo y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado el 25 de julio de 1990, doña Luisa Latre Martínez, representada por la Procuradora doña Beatriz Ruano Casanova y defendida por el Abogado don José Miguel Sin, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia emitida por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Quinta), de 19 de junio de 1990 (r. 713/89), que revocó la dictada por la Audiencia Territorial de Zaragoza, el 15 de marzo de 1989, y anuló la licencia otorgada a la actora.

Se pide el reconocimiento del derecho de la actora a abrir su oficina de farmacia. Por otrosí se solicita la suspensión cautelar.

2. Los hechos de que dimana la pretensión de amparo son los siguientes:

a) La señora Latre es titular de una oficina de farmacia en Ontínar del Salz, que abrió amparada por autorización de 16 de mayo de 1988 del Departamento de Sanidad de la Diputación General de Aragón, tras una inicial negativa del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Zaragoza. Ontinar es una entidad local menor, que depende del Ayuntamiento de Zuera. Consta de 671 habitantes, y dista unos 9 kilómetros del núcleo capital del municipio.

La resolución administrativa fue impugnada por los propietarios de las dos farmacias con que cuenta el municipio de Zuera. Sus pretensiones fueron desestimadas por la Audiencia, pero acabaron siendo otorgadas por el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada.

b) La Sentencia del Tribunal Supremo sostiene que el hecho de que Ontinar esté constituida como una entidad local menor resulta irrelevante, pues forma parte del municipio de Zuera, donde las dos farmacias existentes cubren el cupo establecido por la letra a) del art. 3.1 del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril. Sin que aparentemente resulte posible aplicar la excepción prevista por la letra b) del mismo precepto, porque Ontinar no constituye un núcleo de población superior a 2.000 habitantes; aunque en su último fundamento, la Sentencia deja abierta la posibilidad de tramitar una nueva solicitud, al amparo de este precepto excepcional. El Tribunal Supremo reconoce la vigencia de la libertad de empresa,, pero entiende que en este caso su ejercicio está lícitamente sometido a la regulación propia del servicio público farmacéutico.

3. El recurso de amparo estima que la resolución judicial impugnada ha vulnerado dos de sus derechos fundamentales:

a) El derecho a la igualdad ante la Ley, ex art. 14 de la Constitución, por la discriminación que sufren los farmacéuticos respecto al resto de las profesiones sanitarias (art. 88 de la Ley General de Sanidad, L.G.S., 14/1986, de 25 de abril). Discriminación totalmente injustificada, dado que el Real Decreto 909/1978 debe entenderse derogado por la Ley General de Sanidad de 1986, así como por el Tratado de la Comunidad Económica Europea (arts. 59 y 60, y 85), y que repercute en perjuicio de los vecinos de Ontinar, sin causa objetiva. La legislación sobrevenida obliga a distinguir la doctrina sentada por la STC 83/1984.

b) La Sentencia vulnera también el art. 23.2 CE, al impedir el acceso a la función pública por razones ajenas al mérito y capacidad.

4. Mediante oficio de 27 de agosto de 1990, registrado en el Tribunal el siguiente día 4, el Secretario de la entidad local menor Ontinar del Salz hizo llegar fotocopia del expediente administrativo incoado para manifestar el apoyo municipal a la permanencia de la farmacia de litis, una vez que el Acuerdo había sido ratificado por el Ayuntamiento de Zuera.

5. La Sección, mediante providencia de 7 de febrero de 1991, acordó abrir trámite para alegaciones acerca de la eventual existencia del motivo de inadmisión consistente en carecer la demanda de contenido que justificara su admisión [art. 50.1 c) LOTC].

El Fiscal evacuó informe el siguiente día 25, en favor de la inadmisión del recurso. Ante todo, resaltó que el art. 23.2 del Texto constitucional debe referirse a cargos o funciones públicas, según su tenor literal, lo que no concurre en el caso de autos. Una farmacia puede tener la consideración de servicio público, pero no de función, y menos de cargo público. Por lo que tan sólo puede considerarse la infracción del art. 14 de la Constitución.

La fijación de un mínimo de vecinos por oficina de farmacia no tiene otra consideración que la salvaguarda del servicio público, por lo que al no haberse respetado el mínimo reglamentario hay razón para la denegación de la licencia. Por otra parte, no parece suficiente la comparación de la profesión farmacéutica con el resto de las profesiones sanitarias. El hecho de que a la apertura de una oficina de farmacia, y no a la profesión como tal, se impongan determinados requisitos no supone sino una manifestación de las peculiaridades propias de una labor profesional que posee rasgos específicos.

La recurrente, por su parte, formuló alegaciones el 26 de febrero en favor de la admisión de su recurso. El término de comparación alegado para fundar la vulneración del principio de igualdad aparece recogido en el art. 88 de la Ley General de Sanidad, que equipara en el libre ejercicio profesional a todas las profesiones sanitarias. A pesar de ello, mientras que el resto de los profesionales sanitarios pueden ejercer con plena libertad y sin más límites ni condiciones que los normales de titulación, colegiación y fiscales, a los farmacéuticos se les imponen otros, de una gran rigurosidad, que suponen amparar una serie de prácticas monopolísticas. Diferencia de trato que es discriminatoria, pues no aparece suficientemente justificada.

También produce una situación discriminatoria para la población de Ontinar del Salz, que no tiene igual acceso a la compra de medicamentos que los habitantes de otros lugares. Se produce así una discriminación entre los habitantes de los núcleos rurales con los del resto de España, que sí gozan del derecho a poder implantar una oficina de farmacia en su lugar de residencia.

Además se vulnera el derecho al libre acceso a la función pública, recogido en el art. 23 de la Constitución, por ser el servicio farmacéutico un servicio público, incluso en el aspecto del art. 119 del Código Penal. Acceso que no puede tener más limitaciones que las impuestas por la ley, siendo así que la Ley General de Sanidad no impone restricción alguna.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La recurrente en amparo vio anulada, por la Sentencia que impugna en este recurso de amparo, la autorización que le había otorgado la Diputación General de Aragón para abrir una oficina de farmacia en Ontinar del Salz, que es una entidad local menor que pertenece al municipio de Zuera (Zaragoza). La resolución judicial estimó que no se reunían los requisitos establecidos por la reglamentación vigente en la materia, porque el municipio ya se encontraba servido por un número suficiente de farmacias: y consideró irrelevante el dato de que se trataba de una entidad local menor, pues aunque diferenciada no es independiente del municipio al que pertenece, ni es equiparable a él a los efectos de la legislación de farmacia.

Ahora alega en su demanda de amparo que el fallo judicial vulnera los derechos fundamentales enunciados por los arts. 14 y 23.2 de la Constitución. Pero es manifiesto, como informa el Ministerio Fiscal, que no hay traza de ninguna de las vulneraciones alegadas, por lo que su demanda carece de contenido que justifique su admisión [art. 50.1 c) LOTC].

2. Todos los argumentos avanzados por la parte recurrente se apoyan en una identificación entre el ejercicio de la profesión farmacéutica, y el establecimiento de oficinas de farmacia, que no es aceptable. Los farmacéuticos pueden ejercer su profesión de modos distintos a la dispensación al público de medicamentos de uso humano; y también pueden dedicarse a esta última clase de actividad en los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud, y de otros establecimientos legalmente autorizados para ello, de acuerdo con la Ley General de Sanidad de 1986 y la Ley del Medicamento de 1990. Cuestión distinta es que las oficinas de farmacia, junto con los servicios que se incardinan en las estructuras asistenciales mencionadas antes, ostenten el monopolio legal para custodiar, conservar y dispensar medicamentos; y, también, que exista una íntima relación entre la titularidad de una oficina de farmacia y el ejercicio por cuenta propia de la profesión, en su vertiente de venta al público de productos medicinales, cimentada en que sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios de oficinas de farmacia. Pero el que, de acuerdo con la legislación vigente en España, los farmacéuticos que deseen establecerse por su cuenta para dispensar medicamentos al público deban adquirir una farmacia, o abrir una nueva, no permite confundir su derecho a ejercer la profesión, que les otorga su título profesional y les reconoce con carácter general el art. 88 de la Ley General de Sanidad, con el derecho que ha sido objeto del litigio ante los Tribunales contencioso-administrativos, y del que dimana el presente recurso de amparo: el derecho a abrir una oficina de farmacia.

El recurso de amparo, por lo demás, no cuestiona la validez constitucional de la vigente regulación, que otorga a las oficinas de farmacia un monopolio legal para dispensar medicamentos al público en general, y que condiciona el establecimiento de un farmacéutico por cuenta propia a la propiedad de la pertinente oficina de farmacia. Esta regulación, que se remonta al menos a las Ordenanzas para el ejercicio de la profesión de Farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales de 18 de abril de 1860, no fue derogada por la Ley General de Sanidad de 1986. Tanto este texto legal, en su art. 103, como la Ley del Medicamento de 20 de diciembre de 1990, obligan a llegar a la conclusión de que es razonable la interpretación sostenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada, en el sentido de que se encuentra plenamente vigente el Reglamento sobre establecimiento de farmacias aprobado por Decreto 909/1978, de 14 de abril que había sido dictado en desarrollo de la base 16 de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, y cuya aplicación dio lugar al fallo ahora impugnado.

Por ende, la cuestión planteada en el proceso de amparo se cifra exclusivamente en determinar si la subordinación de la apertura de nuevas farmacias a la existencia de un número mínimo de vecinos a ser atendidos en el territorio circundante es o no compatible con los derechos fundamentales invocados por la actora.

3. Es claro que el derecho fundamental que enuncia el art. 23.2 C.E. resulta completamente ajeno a la cuestión, por la simple razón de que ni la apertura de oficinas de farmacia, y ni siquiera la prestación del servicio público de abastecimiento de medicinas, entrañan el ejercicio de funciones públicas, cuyo acceso constituye el objeto de dicho derecho constitucional.

Tampoco aparece, en la situación sometida al conocimiento de este Tribunal en el recurso de amparo, la más leve traza de discriminación contraria al art. 14 C.E. El punto de referencia adecuado no consiste en el ejercicio de otras profesiones sanitarias, como se afirma en la demanda, sino en la apertura de establecimientos que monopolizan el ejercicio profesional por cuenta propia. Y el recurso de amparo ni siquiera intenta cotejar la legislación sobre oficinas de farmacia con la que rige la apertura de los establecimientos en los que se desarrollan otras profesiones sanitarias, como son los hospitales, en cuya normativa propia no existen, desde luego, las disparidades respecto a la legislación de farmacias de que se queja la parte actora.

Tampoco es aceptable la alusión que efectúa la demanda a la libertad de establecimiento que consagra el art. 52 y concordantes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Es cierto que este Tribunal ha afirmado que el ordenamiento comunitario europeo puede desplegar un valor interpretativo, de acuerdo con el art. 10.2 del texto constitucional, en la medida en que aquél incluye normas relativas a los derechos y libertades fundamentales que la Constitución reconoce (STC 64/1991, fundamento jurídico 4. ). Pero, como se advirtió en la misma Sentencia, «el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad». En el caso presente es notorio que el juicio constitucional de igualdad resulta de todo punto ajeno a la libertad comunitaria de establecimiento, porque dicha libertad no resulta aplicable a las situaciones puramente internas a los Estados miembros (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea Knoors, de 7 de febrero de 1979, y Saunders, de 28 de marzo de 1979), como es el caso de una profesional de nacionalidad española, con título profesional expedido en España, y cuyo deseo de abrir una oficina de farmacia en territorio español se ve obstaculizado por motivos que no guardan relación alguna con el mercado común europeo.

Por último, en el seno de este proceso no resulta pertinente aludir a las necesidades de la población donde se iba a instalar la farmacia. La farmacéutica recurrente no está legimitada para defender los derechos fundamentales de los vecinos, pues ni representa a éstos ni sus intereses coinciden necesariamente con los de aquéllos. Y quienes sí podían alegar su representación no han comparecido en el previo proceso ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo, ni tampoco en el presente proceso constitucional, sin que a tal efecto pueda ser tenida en cuenta la documentación remitida por el Alcalde y el Secretario de la entidad local menor de Ontinar del Salz, ni por las Asociaciones de consumidores y de la tercera edad radicadas en dicha localidad, pues ni siquiera han solicitado ser tenidos como parte en el proceso (arts. 46 y 81 LOTC). Por añadidura, la Sentencia impugnada ha dejado expresamente sin prejuzgar la eventual concurrencia de circunstancias excepcionales que pudieran justificar la apertura de la farmacia en el núcleo de población servido por la nueva oficina, limitándose a anular la autorización que había sido concedida por un motivo ilegal, consistente en creer que una entidad local menor equivalía a un municipio. Apreciación esta última que en absoluto atañe a los derechos fundamentales invocados por la actora.

ACUERDA

Por lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del recurso de amparo y el archivo de las actuaciones.

Notifíquese a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal.

Madrid, a veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y dos.