|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 17/1983 |
| 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 | 246-1982 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 246/1982 |
| 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 de  Barcelona en Autos núm. 587/1980, 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. 587/1980, sustanciado ante la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, a instancia de doña María Rosa Farrés Redons 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 Farrés de apertura e instalación de una oficina de farmacia en Sant Cugat del Vallés, la Sala mencionada, por providencia de 17 de marzo de 1982, estimando que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido debidamente apreciada por las partes, por concurrir en el presente caso la posible inconstitucionalidad del art. 3.1 a) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, y base XVI de la Ley de Sanidad Nacional (L.B.S.N.) de 25 de noviembre de 1944, con suspensión del término para dictar Sentencia y sin prejuzgar el fallo definitivo, vista la disposición derogatoria tercera de la Constitución, acordó someter a las partes la referida cuestión, al amparo de lo establecido en el art. 43.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contenciosa y concediendo al efecto a los interesados un plazo común de diez días para que formulasen las alegaciones que estimasen oportunas.

2. Evacuadas las correspondientes alegaciones, la señora Farrés estimó que las disposiciones que le fueron sometidas debían ser consideradas inconstitucionales y, por tanto, inaplicables al caso en cuestión, mientras que el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos entendió, por el contrario, que tales disposiciones eran clara y absolutamente constitucionales, por lo que resultaba, a su juicio, evidente la total legalidad (sic) de los preceptos citados e irrenunciable la competencia de la Sala para dictar la Sentencia de conformidad con la súplica de su escrito de contestación a la demanda.

3. A la vista de los referidos escritos de alegaciones la Sala Segunda de lo Contencioso de la Audiencia de Barcelona acordó por providencia de 29 de abril siguiente, y al amparo de lo establecido en el art. 163 de la Constitución y núm. 2 del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) someter a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que en el plazo común e improrrogable de diez días pudieran alegar lo que estimasen pertinente acerca de la siguiente cuestión de inconstitucionalidad: «Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, en su base XVI y legislación que la desarrolla, en relación con los arts. 35 y 14 de la Constitución, que por el órgano demandado en litis y como soporte jurídico de su resolución reiteradamente se invoca en el expediente que se revisa.» 4. En los correspondientes escritos de alegaciones las partes reiteraron su respectiva posición sobre los preceptos sometidos a su consideración desde la perspectiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los mismos.

Por su parte, el Ministerio Fiscal señaló, de modo conciso, que no se oponía a que la Sala plantease la aludida cuestión de inconstitucionalidad.

5. Mediante Auto de fecha de 1 de junio de 1982, la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona plantea a 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 del Auto que acabamos de recoger, la Sala citada señala que habida cuenta de que las disposiciones básicas que reglamentan la intervención administrativa respecto de las oficinas de farmacia tienen 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 declarara la propia Sala Segunda 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 Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, «por ser esta legislación el fundamento obstativo de la pretensión actora».

6. 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.

7. El Fiscal general del Estado, en escrito de 17 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 siguiente motivos que, en síntesis, recogemos a continuación:

A) Respecto a la extemporaneidad en el planteamiento de la cuestión, se deduce del examen de los Autos que en 17 de marzo del año en curso, según diligencia de votación y fallo, constituida la Sala, «se procedió siendo la hora señalada a la votación y fallo del presente recurso». A continuación, y con la misma fecha, consta acuerdo de la Sala en el que «con suspensión del término para dictar Sentencia» se somete a las partes al amparo de lo establecido en el art. 43.2 de la L.J., la posible inconstitucionalidad del art. 3.1 a) del Real Decreto 909/1978 y de la base de la LBSN «sin prejuzgar el fallo definitivo».

El Fiscal general del Estado se pregunta a continuación si existió o no, entonces, fallo y si la Sala de lo Contencioso de Barcelona entiende que pueden existir dos tipos de fallo provisional y definitivo y añade: si hubo fallo quiere decirse que el Tribunal llegó a resolver la litis sin necesidad de cuestionar las normas alegadas en el proceso por la actora: si no hubo fallo, no se explica cómo se hace constar por diligencia que se procedió a votación y fallo.

La Sentencia -continúa diciendo el Fiscal general- instrumento formal mediante el que se constata la decisión del Juzgador, no puede nunca estimarse desligada del fallo que se produce cuando el Tribunal, previa votación, llega a formar su voluntad, pues una cosa es que tal instrumento formal requiera una redacción, corrección, firma, etc., por parte del ponente y de los miembros del Tribunal y otra, que entre fallo y Sentencia, es decir, entre toma de decisión e instrumentación de la misma, pueda darse una discordancia. Interpretación ésta a la que conducen, entre otros, los arts. 340, 344, 348, 349, 351 y 366 de la LEC, preceptos todos ellos que claramente establecen como momento decisivo no el de la firma del documento judicial, sino el de adopción de la decisión por el órgano competente.

Trasladando tales ideas a la presente cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal general del Estado considera que puede afirmarse válidamente que cuando la Sala de la Audiencia Territorial de Barcelona procedió a «la votación y fallo» decidió la litis y, por ende, el momento procesal para someter a las partes la posible existencia de dicha cuestión había pasado, ya que ésta solamente puede proponerse antes de producir el fallo, concluso el procedimiento, entendiendo la referencia del art. 35.2 de la LOTC al plazo para dictar Sentencia como plazo para producir la decisión o fallo.

En consecuencia -termina diciendo el Fiscal general del Estado-, la distinción entre fallo definitivo y fallo no definitivo que se verifica en el acuerdo del Tribunal con la misma fecha, pero claramente incorporado a los Autos como decisión posterior y subsiguiente al fallo que consta por diligencia, no parece pueda jurídicamente admitirse. A lo sumo, podría haberse producido señalamiento para votación y fallo y en el curso de la deliberación surgir la duda sobre la constitucionalidad de la norma de la que iba a depender el fallo, lo que conllevaria la suspensión de la deliberación hasta tanto se tramitase y resolviese, en su caso, la cuestión. En su virtud, de aceptarse esta tesis ha de concluirse que el planteamiento de la cuestión se ha tramitado extemporáneamente, lo que implica, sin más, el rechazo de la misma.

B) Respecto a la falta de rango legal de algunas de las normas cuya constitucionalidad se plantea -excepción hecha de la Ley de Bases de Sanidad Nacional cuya constitucionalidad de la base XVI se cuestiona-, a cita concreta, en unos casos, de determinados Decretos y Ordenes ministeriales y la mera referencia a «disposiciones de menor rango», en otros, por parte del Auto de reenvío viene a poner de manifiesto que se está jugando con normas meramente reglamentarias, respecto de las cuales el planteamiento de la cuestión es improcedente, de acuerdo con los arts. 163 de la Constitución y 35.1 y 2 de la LOTC, máxime cuando es el propio Tribunal Contencioso-Administrativo el que, en virtud de lo establecido en el art. 1 de la Ley para dicha jurisdicción tiene competencia para conocer de su legalidad e incluso de su posible derogación por imperativo, si fuere procedente, de la disposición derogatoria 3 de la propia Constitución.

C) Por lo que se refiere a la falta de concreción del precepto legal cuya constitucionalidad se debate, el Fiscal general del Estado afirma que, aun partiendo del supuesto de que la norma que pudiera incurrir en inconstitucionalidad venga determinada por la base XVI de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, 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. Bien entendido que la exigencia del art. 35.2 de la LOTC de «concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona» ha de entenderse no sólo a la Ley in toto, sino a aquellos aspectos de la Ley -y en este caso a aquella parcela de la base XVI- que se entiende en oposición a preceptos constitucionales.

D) Finalmente el Fiscal general señala la falta de justificación de la medida en que la decisión del proceso depende de la validez de las normas cuestionadas.

En efecto, 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.

8. El Pleno del Tribunal en su sesión del 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.

9. 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 qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada».

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Fiscal general del Estado pone de manifiesto en primer término la extemporaneidad del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al señalar la existencia en los Autos núm. 587/1980, remitidos a este Tribunal Constitucional por la Audiencia Territorial de Barcelona, de una «diligencia de votación y fallo» de 17 de marzo del presente año y de la que el Secretario da fe.

La referida diligencia, pese a su apariencia formal, no significa otra cosa, pues el Secretario es sabido que no asiste a las deliberaciones, que la Sala Segunda de lo Contencioso fue convocada para proceder a la votación y fallo del recurso; pero lo que no dice la diligencia, ni podría naturalmente decirlo, es que previsiblemente debió surgir en la discusión, previa a la votación y al fallo propiamente dicho, la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad como efectivamente se hizo, previos los trámites legales que se contienen en los Autos núm. 587/1980, y que se materializó más tarde en el Auto de la Sala Segunda de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Barcelona de 1 de junio de 1982.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que nos ocupa sólo aparentemente fue extemporáneo, ya que no llegó a materializarse la votación y subsiguientemente el fallo, sino que de la discusión previa salió por el contrario el acuerdo de suspender el término para dictar Sentencia y someter a las partes la posible inconstitucionalidad de determinadas normas sin prejuzgar por ello el fallo.

2. Rechazado el motivo anterior y dejando al margen los otros posibles motivos de inadmisibilidad apuntados en nuestra providencia de 16 de julio pasado, entendemos que la Sala Segunda de lo Contencioso de la Audiencia Territorial no ha subsanado el defecto advertido 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 resuelve 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 esta 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 del pasado año, 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 sería, 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 tienen 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 efectos 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. 587/1980, 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.