|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 156/2016 |
| Fecha | de 20 de septiembre de 2016 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 1853-2016 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1853-2016 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 6 de abril de 2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, remitió testimonio del Auto de 21 de marzo de 2016 por el que se acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 4.2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, y 47, apartados 1, 2, 3, 4 y 7 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de oficinas de farmacia de Andalucía.

Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de 6 de abril de 2016 se acordó acusar recibo de las actuaciones remitidas solicitando la remisión del testimonio de la providencia de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal y de sus escritos de alegaciones. Dicho testimonio se remitió por escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 12 de abril. Por nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de 20 de mayo de 2016 se acordó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, a fin de que indicase a este Tribunal si, con posterioridad al mencionado Auto, se había llevado a cabo alguna otra actuación judicial. A dicha comunicación respondió el órgano judicial mediante escrito registrado el 2 de junio de 2016 indicando que no se había dictado ninguna resolución posterior al Auto de 21 de marzo.

2. Los hechos que pueden ser relevantes en este proceso constitucional son:

a) Doña P.G.L.M., farmacéutica solicitó la apertura de una nueva oficina de farmacia en el municipio de Armilla (Granada). La Administración autonómica, mediante resolución de 10 de mayo de 2005 de la Delegación Provincial de Salud de Granada, denegó la apertura solicitada por incumplir la solicitud el requisito de aumento de población que exigía el Real Decreto 909/1978 para autorizar la apertura de una nueva oficina de farmacia. Esta resolución fue confirmada en alzada por resolución de la Directora General de Salud Pública y Participación de la Junta de Andalucía. La recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo contra esta última.

b) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Granada, por Sentencia de 10 de octubre de 2007, desestimó el recurso. Contra esta Sentencia la recurrente interpuso recurso de apelación. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, mediante Sentencia de 17 de junio de 2013, acordó estimar el recurso, revocar la Sentencia de instancia y declarar el derecho de la recurrente a obtener la autorización de apertura interesada. La actora solicitó la aclaración y/o subsanación y complemento de la citada Sentencia notando la disconformidad entre el fallo y el suplico de la demanda, en la que solicitaba la adjudicación de la autorización en favor del solicitante que mejor puntuación obtuviera en aplicación del correspondiente baremo de méritos, y no, por tanto, directamente en favor de la propia recurrente. La Sala, por Auto de 4 de julio de 2013, declaró no haber lugar a la aclaración solicitada. La recurrente interpuso incidente de nulidad de actuaciones, inadmitido por la Sala mediante Auto de 22 de octubre de 2013. Contra las mencionadas resoluciones judiciales la demandante interpuso recurso de amparo, tramitado con el núm. 6824-2013. La providencia de la Sección Segunda de 6 de octubre de 2014 acuerda “no admitirlo a trámite, con arreglo a lo previsto en el art. 50.1 a) LOTC, dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo”.

c) Instada entretanto la ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la representación procesal de la Junta de Andalucía planteó el 9 de octubre de 2013 un incidente de imposibilidad de ejecución de Sentencia por la concurrencia de una causa legal que imposibilitaba cumplirla en sus propios términos. Dicha imposibilidad se basaba en que doña P.G.L.M. era, desde el año 2009, titular de una oficina de farmacia en la misma localidad, lo que, por aplicación de los arts. 23.1, 34.2, 47.2 y 70.3 a) de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de oficinas de farmacia de Andalucía, determinaba que no pudiera ser adjudicataria de otra en cuanto que se impide que se pueda ser titular de dos oficinas de farmacia en la misma localidad. En la tramitación de dicho incidente se personaron, además de la demandante inicial, los codemandados en el proceso a quo y un tercero interesado que había participado en el procedimiento administrativo. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Granada por Auto de 26 de diciembre de 2013 apreció la imposibilidad legal de ejecutar la Sentencia, argumentando que la Ley 22/2007 obliga a la presencia del farmacéutico titular sin que tampoco fuera posible la transmisión de la oficina de farmacia hasta transcurridos cinco años desde su adjudicación.

d) El referido Auto de 26 de diciembre de 2013 fue recurrido en apelación por la actora, tramitándose ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Granada que lo elevó a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia para su resolución.

e) Mediante providencia de 24 de noviembre de 2015, el órgano judicial concede audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal. La providencia señala que “resulta procedente dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal porque el fallo de la Sentencia que se dicte puede depender de la validez (constitucional) de los artículos citados (art. 47 de la Ley 22/2007 y 4 de la Ley 16/1997, que son normas con rango de Ley y el proceso está concluso para Sentencia”. Y añade que “las partes y el Ministerio Fiscal pueden formular alegaciones sobre la compatibilidad de estos dos preceptos con cualquier norma o precepto de la Constitución; una vez se reciban las alegaciones, o transcurra el plazo común e improrrogable de diez días, se dictará Auto resolviendo lo procedente, Auto contra el que no cabrá recurso alguno”.

f) El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reposición contra la mencionada providencia a fin de que se completase con la mención del precepto constitucional que se entendía infringido, antes de dar nuevo traslado para la formulación de alegaciones. El Letrado de la Junta de Andalucía interesó que no se plantease la cuestión, señalando también que “no podemos atisbar cuáles serían los puntos concretos de estos preceptos que pudieran vulnerar los de la Constitución para entender procedente el planteamiento de la cuestión”. La representación procesal de los codemandados consideró improcedente el planteamiento de la cuestión señalando como preceptos constitucionales que no se vulneraban los arts. 14, 19, 24, 38 y 118 CE. La actora solicitó la estimación del recurso de apelación o, subsidiariamente, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de los arts. 9.3, 14, 139.1, 149.1.1 y 149.1.16 CE.

g) Por Auto de 2 de febrero de 2016 la Sala estimó el recurso de reposición del Ministerio Fiscal, señalando que “los artículos 47 de la Ley autonómica 22/2007 y 4 de la Ley 16/1997 se entiende que podrían ser contrarios a los artículos 1, 9, 10, 14, 23, 33, 35, 36, 38, 103, 139 y 149 de la Constitución, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal pueda considerar que otros artículos puedan verse afectados y sin perjuicio, igualmente, de que en el Auto que en su caso se dicte planteando la cuestión de inconstitucionalidad no se tenga que hacer referencia a todos ellos en la medida en que no se considere que alguno de estos artículos se vea finalmente afectado”. De conformidad con lo anterior la Sala modificó la providencia en el único sentido de añadir que “los artículos de la Constitución que se considera que pueden verse afectados son los artículos 1, 9, 10, 14, 23, 33, 35, 36, 38, 103, 139 y 149”.

h) El órgano judicial dictó Auto de 21 de marzo de 2016 planteando cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 4.2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, y 47, apartados 1, 2, 3, 4 y 7 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de oficinas de farmacia de Andalucía.

3. Del contenido del Auto de planteamiento interesa destacar lo siguiente:

Tras exponer sucintamente los antecedentes de hecho, inicia sus razonamientos jurídicos aludiendo al cumplimiento de los requisitos para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, con especial énfasis en la doctrina relativa al juicio de relevancia. Sobre el juicio de relevancia en el caso concreto señala que el Auto apelado considera que no es posible ejecutar la Sentencia de la Sala, ya que así lo impide el art. 47 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de oficinas de farmacia de Andalucía, precepto que entiende íntimamente relacionado con el art. 4 de la Ley estatal 16/1997. Por su parte el recurso de apelación también invoca el artículo 47 citado y todas las partes personadas hacen referencia al mismo. Así señala que “en el caso concreto el juicio de relevancia se considera cumplido porque está acreditado sobradamente que el artículo 47 de la Ley autonómica es aplicable al caso”, para posteriormente afirmar que “el juicio de relevancia es positivo, porque la norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez constitucional depende el fallo no solo es directamente aplicable al caso, sino que, además, ha sido aplicada, ya que estamos ante un recurso de apelación, en el que, por su propia naturaleza ha habido una previa decisión judicial (el Auto apelado) donde ya se ha aplicado la norma que este Tribunal considera contraria a la Constitución por las razones que a continuación se exponen. Y de la validez constitucional de esa norma depende la resolución del caso”.

En cuanto al objeto del proceso en la instancia señala que doña P.G.L.M. es titular de una oficina de farmacia en la misma localidad, autorizada por resolución administrativa de 29 de diciembre de 2009, y que el 17 de junio de 2013 se dictó Sentencia en la que se acordaba reconocerle “el derecho a obtener autorización de apertura de oficia de farmacia para el municipio de Armilla”, Sentencia cuya ejecución fue solicitada por la actora y a la que se opuso la Junta de Andalucía por la imposibilidad de que una misma persona pudiera tener dos oficinas abiertas en la misma localidad. Al hilo de estas consideraciones señala el Auto que lo que pretende la parte apelante es que, pese a tener una oficina de farmacia abierta, se le adjudique otra con el objeto de transmitir una de ellas a un tercero. Para el órgano judicial “es esa posibilidad de trasmisión libre (‘por cualquiera de las formas admitidas en Derecho’, como dice el art. 47.2 de la Ley 22/2007) de la titularidad de una oficina de farmacia lo que se considera que contraviene la Constitución”.

Reproduce a continuación el contenido de los arts. 4 de la Ley 16/1997 y 47 de la Ley 22/2007, señalando que los apartados que se reputan inconstitucionales son el apartado 2 del art. 4 de la Ley estatal y los apartados 1, 2, 3, 4 y 7 del art. 47 de la Ley autonómica por considerarlos contrarios a los arts. 23.2, 33.2 y 103.3 CE.

Para el órgano judicial, el actual sistema en el que se permite la transmisión de las oficinas de farmacia “por cualquiera de las formas admitidas en derecho”, lo que incluye la venta onerosa y la herencia de farmacias es contraria al acceso a la función pública ya que no se respeta la igualdad ni el mérito y la capacidad, en la medida en que impide que muchos titulados puedan acceder a una farmacia en propiedad. Igualmente estima que “el actual sistema de transmisión y adquisición de farmacias” es contrario a la función social de la propiedad (art. 33.2 CE) porque “permite que se trafique o comercie privadamente con una licencia o autorización de oficina de farmacia que se concede por la Administración patrimonializando privadamente un oficio o profesión que tiene un origen público en la correspondiente licencia”.

Los fundamentos posteriores del Auto reiteran estas ideas a las que añade que “se podría pensar que la autorización o licencia para oficina de farmacia no es pública o que la función de un titular de oficina de farmacia no es pública”, pero el Auto considera que, pese a la definición legal de las farmacias como establecimientos sanitarios privados de interés público, en realidad su carácter privado se refiere a la gestión interna de la farmacia pero no al ejercicio de la actividad, ya que ésta exige una autorización o licencia administrativa. Para la Sala esa necesidad de obtener autorización administrativa determina que los farmacéuticos ejerzan funciones públicas, ya que el presupuesto de su actividad es esa licencia o autorización. Esa intervención administrativa es, según el órgano judicial, lo que hace que las licencias o autorizaciones tengan precios tan elevados. Por tanto, el Auto reitera que, dado que la autorización es pública, debe garantizarse “el acceso a esa licencia en condiciones de igualdad, mediante la acreditación del mérito y la capacidad, y sin que se pueda patrimonializar esa licencia por particulares que al así obrar obtienen, de forma injusta y discriminatoria, un beneficio particular de algo puramente público, que contraría la función social del derecho de propiedad”.

El Auto concluye haciendo referencia a la STC 181/2014, de 6 de noviembre, que se pronunció sobre el art. 47.1 y 3 de la Ley 22/2007, pero desde la perspectiva de la libertad de empresa y de la delimitación de competencias, sin que se alegase ni se resolviese sobre las cuestiones que ahora se plantean. Menciona igualmente dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señalando que tampoco tienen que ver con la duda que plantea. Finaliza su argumentación señalando que la razón por la que eleva la cuestión al Tribunal Constitucional es que considera que no es admisible jurídicamente “el sistema actual, en el que hay un sistema público de farmacias que es discriminatorio porque impide que se pueda acceder en condiciones de igualdad y de mérito y capacidad a la titularidad de una oficina de farmacia por parte de todos los licenciados en farmacia y se permite la patrimonialización de una licencia o autorización administrativa en contra de la función social de la propiedad.”

4. Por providencia de 21 de junio de 2016 la Sección Primera acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegue lo que considere conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC) y por si fuese notoriamente infundada.

5. La Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones el día 20 de julio de 2016 interesando la inadmisión de la cuestión por los motivos que se resumen a continuación.

Expone los antecedentes del caso así como la doctrina constitucional acerca del trámite de audiencia a las partes y en relación con los juicios de aplicabilidad y relevancia. A la vista de dicha doctrina examina la forma en que por la Sala que plantea la cuestión se da cumplimento al trámite prevenido en el art. 35.2 LOTC. Así, en primer lugar, considera que resulta incorrecta la falta de expresión de los preceptos de la Constitución Española vulnerados en la providencia inicial de 24 de noviembre de 2015, sin que la posterior identificación de los mismos llevada a cabo en el Auto de 2 de febrero de 2016, estimando el recurso de reposición del Ministerio Fiscal, haya sido suficiente para cumplir la finalidad de este trámite y permitir las alegaciones de las partes sobre la cuestión que se pretendía plantear, al no darse a las partes nuevo trámite de audiencia una vez subsanada la deficiencia procesal. Igualmente cuestiona la correcta realización del juicio de relevancia pues lo que se considera contrario a la Constitución Española es lo que el órgano judicial califica como posibilidad de transmisión libre de las oficinas de farmacia, cuando lo que se viene impugnando son determinados aspectos de la trasmisión limitada que regulan los preceptos cuestionados de la Ley 22/2007. La Fiscal General del Estado resalta que a través del Auto de planteamiento “parece más bien cuestionarse la opción del legislador sobre la transmisibilidad —que se considera ‘libre’—de la farmacia por cualquiera de las formas admitidas en derecho y el sistema de adjudicación sin respeto a los principios de mérito y capacidad. Y ello podría significar un enjuiciamiento genérico de la constitucionalidad de la norma, pero desvinculado de su relevancia para la decisión a adoptar, siendo así que este procedimiento tiene por objeto un control concreto de constitucionalidad en relación con un supuesto específico objeto de la controversia planteada ante el Órgano Judicial”.

En cuanto al carácter notoriamente infundado de la cuestión suscitada, el Ministerio público recoge la doctrina de las SSTC 109/2003, de 5 de junio, y 181/2014, de 6 de noviembre, en relación a la naturaleza del modelo de organización de la oficina de farmacia, la libertad de opción del legislador entre los diferentes modelos o alternativas posibles, los criterios de transmisibilidad de las farmacias o la relación de dicho régimen con el art. 33.2 CE. Aplicando la anterior doctrina al presente caso concluye que, respecto a la norma estatal cuestionada, no se observa ninguna vulneración de los preceptos constitucionales, en cuanto que se trata de un precepto abierto, que admitiría muchas posibilidades de desarrollo y cuya concreción se difiere a las Comunidades Autónomas y, en particular ahora, en el precepto impugnado de la Ley 22/2007, de farmacia de Andalucía que constituye el concreto objeto de la cuestión planteada.

Respecto a esta última norma, indica que, en cuanto a la denunciada vulneración del art. 23.2 CE, la peculiar naturaleza de la prestación del servicio de farmacia, comporta una visión compleja y plural en los principios constitucionales que afectan a su regulación. Recuerda a este respecto que la doctrina constitucional ya ha destacado que la transmisibilidad de las oficinas de farmacia es una concreción de la libertad de empresa, resaltando que el legislador puede optar entre las diversas posibilidades existentes, de modo que la opción material relativa a la transmisibilidad de dichas autorizaciones es la que determina el modo de satisfacción del interés público sanitario presente en la dispensación de medicamentos. Cita el art. 3.2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, según el que la autorización de las nuevas oficinas de farmacia se tramitará conforme a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento que establezcan las Comunidades Autónomas. En dicho marco la propia Ley andaluza 22/2007, establece como principios generales la adjudicación de las nuevas oficinas de farmacia por concurso público, adjudicación que se ajustará a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia pública y mérito. Para la Fiscal General del Estado, “la autorización de la farmacia y la selección del farmacéutico, a través del sistema de concurso, con la utilización de un sistema de baremación que pondera las condiciones personales y profesionales de quien va a obtener la titularidad de una oficina de farmacia, supone, la aplicación de los principios de mérito y capacidad, si bien, estando aquellos criterios incorporados en el principio de transparencia, respetándose pues los condicionantes de los arts. 23.2 y 103.3 CE en la regulación del legislador para la prestación del servido farmacéutico”. Destaca además que esa transmisión no es libre sino sujeta a determinados condicionantes, tanto si se trata de transmisiones inter vivos como mortis causa. Tras el examen de ambos regímenes, las alegaciones de la Fiscal General del Estado concluyen que la Ley trata de armonizar los aspectos de intervención pública en la regulación del servicio, con los aspectos privados, derivados de la libertad de empresa, y cuyo respeto, ponderando todos los intereses concurrentes a tenor de la doctrina constitucional expuesta, no implica la desigualdad discriminatoria por razones económicas pretendida en el Auto de planteamiento.

Todo lo anterior le lleva a solicitar la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por incumplimiento de los requisitos procesales dada la deficiente formulación del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, así como por considerarla notoriamente infundada “en la medida en que los preceptos impugnados se ajustan a los artículos 23.2 y 103.3 CE en cuanto aplican los principios de mérito y capacidad para el desempeño del servicio farmacéutico de dispensación de medicamentos a través de la oficina de farmacia, y sujeta la transmisión de la autorización a determinadas limitaciones, unido a la caducidad de la autorización en caso de fallecimiento, con independencia, en todo caso, de los elementos materiales de la misma, ajustándose a la función social de la propiedad del art. 33.2 CE, de acuerdo con la naturaleza diversa de los bienes que son objeto de transmisión”.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía promueve cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 4.2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia y 47, apartados 1, 2, 3, 4 y 7 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de oficinas de farmacia de Andalucía.

Los preceptos cuestionados (en cursiva) disponen lo siguiente:

“Artículo 4. Transmisión [Ley 16/1997, 25 abril]

1. La transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos.

2. Las Comunidades Autónomas regularán las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos.

3. En los casos de clausura o cierre obligatorio de las oficinas de farmacia, por sanción de inhabilitación profesional o penal, temporal o definitiva, de cualquier índole, las Comunidades Autónomas podrán prever la prohibición de la transmisión de las citadas oficinas de farmacia, así como la intervención de los medicamentos.”

“Artículo 47. Transmisión de la oficina de farmacia [Ley andaluza 22/2007]

1. La transmisión de la oficina de farmacia por cualquiera de las formas admitidas en Derecho estará sujeta a autorización administrativa que se realizará en las condiciones y con los requisitos de procedimiento que reglamentariamente se determinen.

2. La transmisión de la totalidad o una parte indivisa de la oficina de farmacia sólo podrá llevarse a cabo a favor de otro u otros farmacéuticos siempre que el establecimiento haya permanecido abierto al público durante un mínimo de cinco años, con la misma persona titular o cotitulares.

No obstante, el plazo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación en los supuestos de fallecimiento, incapacidad laboral permanente, total o absoluta, incapacitación judicial o declaración judicial de ausencia de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40.1 b) de esta Ley.

3. En las transmisiones onerosas, el transmitente comunicará a la Administración sanitaria las condiciones generales de la transmisión. Efectuada tal comunicación, la Administración le dará a conocer los nombres de los farmacéuticos inscritos en el registro de posibles adquirentes que tengan la mayor puntuación, según el baremo de méritos que se establezca, de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, y con los criterios de los apartados 1 y 2 del artículo 41 de la presente Ley, si bien la valoración de la experiencia profesional se tendrá especialmente en cuenta cuando se hubiera desempeñado en municipios, ELA o EATIM, o núcleos poblacionales aislados, todos ellos de menos de mil habitantes.

La transmisión, que se realizará a favor de aquel farmacéutico que teniendo la mayor puntuación acepte las condiciones y garantías exigidas por el transmitente, deberá efectuarse en el plazo máximo de cuatro meses.

Se excepciona de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado la primera transmisión onerosa de aquellas oficinas de farmacia que cuenten con autorización administrativa de funcionamiento a la entrada en vigor de la presente Ley.

4. Igualmente, queda excepcionada de lo dispuesto en el apartado anterior la transmisión onerosa de una parte indivisa de la oficina de farmacia, si bien el farmacéutico transmitente no podrá transmitir su parte proindivisa de la oficina de farmacia durante los cinco años siguientes.

5. Efectuada la transmisión de la oficina de farmacia, la persona a cuyo favor se haya realizado la misma solicitará la oportuna autorización por cambio de titularidad a la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería competente en materia de salud, en el plazo máximo de dos meses.

6. El incumplimiento de los plazos previstos en los apartados 3 y 5 de este artículo, por causa imputable al adquirente, supondrá la baja de este por un plazo de cinco años en el registro de posibles adquirentes.

7. Cuando el adquirente de una oficina de farmacia fuera titular de otra y no la hubiera transmitido al momento de obtener la autorización de cambio de titularidad de la nueva, esta autorización quedará condicionada a que en el plazo máximo de seis meses realice la transmisión de la oficina de farmacia de la que era titular.

Transcurrido este plazo sin haberse efectuado dicha transmisión, la autorización de cambio de titularidad conllevará la caducidad de la autorización de instalación y funcionamiento de la que tuviera abierta.”

El órgano judicial considera que la regulación del art. 47 de la Ley 22/2007 de Andalucía —y la cobertura que le otorga la remisión del art. 4.2 de la Ley estatal 16/1997— en la regulación de la trasmisión de las oficinas de farmacia y su autorización, es contraria a la Constitución en cuanto permitiría una transmisión libre de las mismas sin sujeción a los criterios de mérito y capacidad para el desempeño de una función pública —determinada por la licencia administrativa para la oficina de farmacia— contraviniendo el art. 23.2 CE, así como porque dicha trasmisión implicaría la disposición de un bien de carácter público, con vulneración de la función social de la propiedad del art. 33.2 CE, comportando una discriminación para los farmacéuticos licenciados que no pudieran acceder a aquellas por razones económicas.

La Fiscal General del Estado, por las razones expuestas en los antecedentes, ha interesado la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales así como por considerarla notoriamente infundada.

2. De acuerdo con lo previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), este Tribunal puede rechazar a limine las cuestiones de inconstitucionalidad, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, si faltaren las condiciones procesales o fueran notoriamente infundadas.

Ambas circunstancias concurren en el presente caso.

3. En cuanto a los requisitos procesales necesarios para el adecuado planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad hay que señalar lo siguiente:

a) El trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal no se ha formalizado adecuadamente. La admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad, requiere, entre otras “condiciones procesales” (art. 37.1 LOTC), el correcto cumplimiento del denominado trámite de audiencia, esto es, la preceptiva audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal antes de elaborar el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial promotor de la misma. Así lo exige expresamente el art. 35.2 LOTC, que dice que “antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días”. Es por tanto “… un requisito de todo punto inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión así suscitada” (entre otros muchos, AATC 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 4; y 389/2008, de 17 de diciembre, FJ 2).

La doctrina constitucional (por todas, STC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 2) subraya “la importancia del trámite de audiencia, que deriva del doble objetivo cuyo logro justifica su existencia: garantizar que las partes sean oídas y poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. En este sentido, este Tribunal ha destacado también que el mismo no puede minimizarse, reduciéndolo a un simple trámite, carente de más transcendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en los que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideran vulneradas (por todas, STC 222/2012, de 27 de noviembre, FJ 3)”.

Esta doctrina ha admitido excepciones, esto es, que las variaciones en la identificación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no deben conducir inexorablemente a la inadmisión de la misma por falta de los requisitos procesales. Esto ocurrirá cuando el defecto en que incurre la providencia de apertura del trámite de audiencia no alcanza a producir confusión en los destinatarios, de modo que éstos pueden superar ese defecto y entender correctamente cuál era la duda que se les plantea, pues en estos casos no se habrá impedido a las partes el efectivo ejercicio de su derecho de audiencia en el trámite previsto por el art. 35.2 LOTC (ATC 136/2015, de 21 de julio, FJ 2).

Sin embargo es patente que eso no es lo que sucede aquí. La providencia de 24 de noviembre de 2015 no intenta en forma alguna identificar los preceptos constitucionales que el órgano judicial entiende vulnerados pues, de hecho, remite tal tarea al juicio de las partes y del Ministerio Fiscal al señalar que “pueden formular alegaciones sobre la compatibilidad de estos dos preceptos con cualquier norma o precepto de la Constitución”. Resulta así que en la citada providencia hay una “indeterminación absoluta” de las normas de la Constitución que se consideran vulneradas, de manera que resulta imposible para las partes conocer el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en sus exactos términos (ATC 116/2014, de 8 de abril, FJ 2). Eso supone, en aplicación de la regla general, la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por falta de requisitos procesales, pues, como se pone de manifiesto en las alegaciones formuladas por las partes comparecidas, éstas no han podido situar la cuestión en sus estrictos términos constitucionales y pronunciarse sobre ellos.

Esa deficiencia no queda subsanada por el hecho de que el órgano judicial estimase, mediante Auto de 2 de febrero de 2016, el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio Fiscal. En el citado Auto se identifican los arts. 1, 9, 10, 14, 23, 33, 35, 36, 38, 103, 139 y 149 CE como preceptos constitucionales vulnerados, genérica enumeración respecto a la que, precisamente por ese carácter, cabe también poner en duda que cumpla la doctrina constitucional que antes se ha expuesto. En todo caso lo relevante es que la estimación del recurso del Ministerio Fiscal no determinó la apertura de un nuevo plazo de alegaciones en el que se hubieran podido subsanar las deficiencias padecidas en el mencionado trámite causadas por la providencia inicial.

La traslación de la doctrina constitucional expuesta al presente procedimiento, en que, como se ha dicho, el órgano judicial no ha dado correctamente audiencia a las partes, lleva a concluir que, tal y como ha señalado la Fiscal General del Estado, no se han cumplido las exigencias establecidas por el art. 35.2 LOTC respecto al trámite de audiencia, en los términos exigidos por la jurisprudencia constitucional. Por tanto, debemos concluir que no se han satisfecho las condiciones procesales exigidas por el art. 37.1 LOTC para que proceda la admisión a trámite de la cuestión.

b) Los juicios de aplicabilidad y relevancia también son defectuosos por insuficientes.

i) Es constante la doctrina constitucional que señala que corresponde al órgano judicial proponente determinar con claridad que la disposición cuestionada es aplicable a los hechos enjuiciados en el proceso en cuyo seno se suscita, de modo que el control que corresponde efectuar a este Tribunal es meramente externo, sin que pueda sustituirlo en la selección e interpretación de la norma aplicable. Este Tribunal “no puede ponderar o revisar tal apreciación del propio órgano judicial sobre las normas que en cada caso estime aplicables, a salvo el supuesto de que el criterio que así se exponga resulte con toda evidencia errado” (STC 87/2014, de 29 de mayo, FJ 2, con cita de otras). Aun siendo ésta la regla general, “es lo cierto que existen supuestos en los que este Tribunal, en el ejercicio de sus facultades de control externo del juicio de aplicabilidad y de relevancia formulado por los órganos judiciales al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puede declarar su inadmisibilidad por resultar notoriamente inconsistente o equivocada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada pues con ello se garantiza que la cuestión responde a la finalidad concreta que la justifica” [STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 2 b), con cita de la STC 151/2011, de 29 de septiembre, FJ 3] y se evita que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto, para lo que el órgano judicial no tiene legitimación (SSTC 84/2012, de 18 de abril, FJ 2, y 146/2012, de 5 de julio, FJ 3).

En aplicación de esta doctrina, resulta que el juicio de aplicabilidad puede entenderse realizado adecuadamente respecto al art. 4.2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia (en la medida en que remite a las Comunidades Autónomas la regulación de las transmisiones de las oficinas de farmacia), pero la cuestión es distinta respecto al art. 47, apartados 1, 2, 3, 4 y 7 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de oficinas de farmacia de Andalucía. La existencia de una causa de imposibilidad legal de ejecución que se combate en la apelación que el órgano judicial ha de resolver se centra en la obligatoriedad de la presencia del farmacéutico titular en la oficina de farmacia (que deriva del art. 23.1 de la Ley 22/2007) y la imposibilidad de transmisión de la oficina autorizada antes del transcurso de los cinco años a los que hace referencia el art. 47.2 de la misma Ley 22/2007. Por tanto, el juicio de aplicabilidad en este caso debería entenderse limitado exclusivamente a lo dispuesto en este último precepto, con exclusión de los restantes que en realidad se refieren al régimen de transmisibilidad de las oficinas de farmacia. Ello no es directamente aplicable al caso que el órgano judicial ha de resolver en la apelación, sino que se relaciona con el cuestionamiento general que el Auto realiza del entero sistema de transmisión de las oficinas de farmacia regulado en la Ley 22/2007.

ii) El juicio de relevancia tampoco se formula adecuadamente. Dicho juicio, previsto en el art. 35.2 LOTC, es “el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada” (por todos, ATC 21/2001, de30 de enero, FJ 1), por lo que debe comprobarse si se ha argumentado debidamente la existencia de un nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo.

El cumplimiento de este requisito es una condición esencial de este proceso constitucional, en la medida en que por medio de él se garantiza que se establezca la relación necesaria entre el fallo del proceso judicial y la validez de la norma discutida (SSTC 254/2014 de 23 de diciembre, FJ 2; 47/2010, de 8 de septiembre, FJ 3; y 42/2013, de 14 de febrero, FJ 2 entre otras muchas). La cuestión de inconstitucionalidad no es un procedimiento dirigido a examinar en general y en abstracto normas con rango de ley en toda su extensión, función ésta que queda reservada por nuestra Constitución, principalmente, al recurso de inconstitucionalidad.

Atendiendo a esta doctrina, el juicio de relevancia que expresa el Auto de planteamiento resulta defectuoso en un triple sentido.

En primer lugar, dicho Auto de planteamiento no va más allá de exponer que, a su juicio, los preceptos cuestionados fueron aplicados en el pleito a quo y que, por tanto, han de ser relevantes. En realidad, dicho razonamiento no es útil, ya que lo que ha de justificarse es que los preceptos son aplicables al caso que el órgano judicial ha de resolver ahora, no el que resolvió en el pasado. Esto es, pronunciarse sobre la procedencia de apreciar o no la causa de imposibilidad de ejecución de su previa Sentencia de 17 de junio de 2013. En estas circunstancias, aunque pudiera admitirse que con ello se justifica la aplicabilidad de los preceptos cuestionados, no es posible reconocer en tal argumento una exteriorización del juicio de relevancia. En cuanto a esto último el Auto se limita a afirmar que de la validez constitucional del art. 47 de la Ley 22/2007 depende la resolución del caso, sin mayores precisiones, lo que determina que el órgano judicial no haya levantado la carga de “especificar y justificar” el juicio de relevancia.

En segundo lugar, no se examina si, para cuando el órgano judicial plantea la cuestión ya ha desaparecido el obstáculo legal que, a juicio del Auto recurrido en apelación, impide la ejecución de la Sentencia, pues ya ha transcurrido el plazo de cinco años desde la apertura de la oficina de farmacia al que alude el artículo 47.2, como requisito para su transmisibilidad. La norma es, como ya se ha expuesto, aplicable, pero lo que debe valorarse si es, en ese momento, opera como una limitación que se opone a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos. Lo mismo sucede con el art. 34 de la Ley 22/2007, no contemplado por el órgano judicial, el cual impide al titular que tuviese autorizada una oficina de farmacia que pueda ser adjudicatario de las que se oferten, en los concursos de las nuevas, en el municipio donde se ubique la que tiene autorizada.

En tercer lugar, la duda de constitucionalidad que se expresa nada tiene que ver con lo discutido en el pleito a quo. Lo que el órgano judicial viene a cuestionar es el entero sistema de transmisión de las oficinas de farmacia que, a su entender, deriva de los preceptos sobre los que expresa su duda de constitucionalidad. El Auto de planteamiento alude en repetidas ocasiones al sistema actual de transmisión y adquisición de farmacias, considerando que la posibilidad de transmisión libre que, a su juicio, deriva de los preceptos que cuestiona es lo que contraviene los arts. 23.2, 33.2 y 103.3 CE. Como también ha señalado el Ministerio público, este planteamiento del órgano judicial convierte a esta cuestión en un enjuiciamiento abstracto sobre el régimen de transmisibilidad de las oficinas de farmacia, desvinculado, por tanto, del caso concreto sometido a su consideración, lo que no resulta procedente en un proceso de estas características. De todo ello se sigue que el juicio de relevancia que formula es notoriamente inconsistente, pues los términos en los que el órgano judicial plantea su duda de constitucionalidad carecen de la exigible conexión o vinculación con el objeto del proceso.

4. La duda de constitucionalidad que se plantea puede considerarse notoriamente infundada en el sentido que a esta expresión le ha atribuido la doctrina del Tribunal (por todos, ATC 43/2014, de 12 de febrero, FJ 3).

El órgano judicial considera que las normas que se cuestionan regulan la posibilidad de transmisión libre de las oficinas de farmacia “por cualquiera de las formas admitidas en derecho”, citando el art. 47.2 de la Ley 22/2007 (en realidad es el art. 47.1). Esa posibilidad de transmisión libre, que constituye el específico objeto de la duda de constitucionalidad que se plantea, sería contraria a los arts. 23.2, 33.2 y 103.3 CE.

En primer lugar, debe excluirse del análisis la perspectiva de la posible vulneración del art. 103.3 CE pues ninguna argumentación al respecto se contiene en el Auto de planteamiento.

Respecto a las dudas de constitucionalidad derivadas de la posible vulneración de los arts. 23.2 y 33.2 CE, la argumentación de la Sala se estructura en torno a dos premisas. La primera es que la transmisión de oficinas de farmacia es libre y la segunda que las farmacias, o sus titulares, ejercen funciones públicas en la medida en que se trata de una actividad sometida a autorización administrativa.

El razonamiento del órgano judicial mezcla el carácter público de una determinada actividad con el hecho de que esa actividad se encuentre sometida a un régimen de autorización administrativa, con lo que olvida que no toda actividad puede ser calificada como pública por requerir la intervención administrativa previa que supone la autorización. A los efectos del art. 23.2 CE, la autorización administrativa no cambia el carácter de la actividad que se desarrolla, que sigue siendo privada, sino que sirve a la finalidad de garantizar el interés público subyacente que justifica la intervención que supone el empleo de la técnica de la autorización. Interés público que en este caso se encuentra en la prestación adecuada del servicio farmacéutico a la población. Así, la autorización administrativa exigible para la apertura de las oficinas de farmacia constituye, sin duda, un requisito de organización y funcionamiento de un establecimiento sanitario en cuanto determina el modo y la forma en la que las farmacias sirven al mencionado interés. En esa línea la STC 109/2003, de 5 de junio, recuerda que “el desempeño de la titularidad de una oficina de farmacia … en la medida que se conecta a intereses constitucionales relevantes, como son los relativos a la protección de la salud (art. 43 CE), permite el establecimiento de controles por parte de los poderes públicos”, que el “titular de un establecimiento de farmacia (que) presta un servicio público en las condiciones que a la Comunidad Autónoma compete establecer y con las obligaciones que de dicha condición se derivan (FJ 14)”; y en el fundamento jurídico 15 reiteraba que “las oficinas de farmacia han sido configuradas por el legislador como 'establecimientos sanitarios privados de interés público', pues esta dimensión pública justifica en mayor medida la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio farmacéutico”.

Lo anteriormente expuesto no enerva que tengan la condición de establecimientos privados que sirven a un interés público, en este caso, el sanitario presente en la dispensación de medicamentos. De este modo, libertad de empresa y propiedad privada, de un lado, e interés público y planificación pública, de otro, son los ejes sobre los que ha de estructurarse, por tanto, el sector farmacéutico, atendiendo a los relevantes intereses públicos en presencia, pero sin que el legislador haya decidido que dicha actividad quede reservada al sector público. El interés público determina que estos establecimientos privados queden sujetos a restricciones diversas que pueden, incluso, afectar a elementos estructurales como la transmisibilidad, o no de las oficinas de farmacia. Dicha restricción implica, frente a lo que se afirma en el Auto de planteamiento, que no existe un principio general de transmisibilidad sino una transmisibilidad limitada establecida por la norma estatal y concretada por las normas autonómicas que regulan la materia (en dicho sentido, STC 109/2003, FJ 10). O, en otros términos, que han de removerse previamente los obstáculos impuestos por la ley para el ejercicio de la actividad propia de las oficinas de farmacia, pues no otra cosa es la autorización previa de la transmisión.

Eso es lo que sucede en este caso. Basta para constatarlo que la Ley 22/2007 regula la autorización de nuevas oficinas de farmacia y su transmisión, que no puede calificarse como libre, en cuanto sujeta a una autorización administrativa previa, cuyas condiciones se regulan reglamentariamente, e imponen la condición de que se transmita al farmacéutico con mayor puntuación, de entre aquellos inscritos en la lista de adquirentes, que acepte las condiciones establecidas por el transmitente. La Ley 22/2007 establece así un modelo que asocia la titularidad de la oficina de farmacia con la actividad profesional de su titular en ella. Por esta razón, las autorizaciones para la apertura de nuevas oficinas de farmacia se otorgan en función de criterios de mérito y capacidad de sus titulares, y la transmisión de oficinas ya autorizadas se somete a similares criterios que suponen la limitación de la capacidad de elección del transmitente. Se trata, por tanto de un modelo, derivado de lo dispuesto por las normas básicas en la materia, en que el farmacéutico titular es, a la vez, prestador del servicio farmacéutico, motivo por el cual las condiciones personales son determinantes para la selección del número limitado de prestadores del servicio.

Es precisamente en ese contexto de transmisibilidad limitada en el que la STC 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 2, recuerda la trascendencia de “los criterios de baremación relacionados con el mérito y capacidad, como son los méritos académicos, la formación posgraduada y la experiencia profesional, pues tratándose una “actividad privada” de incuestionable “interés público” (sujeta al régimen de autorización), aun sin tratarse estrictamente del acceso a la función pública, “resulta ineludible aplicar los principios de mérito y capacidad en el acceso al ejercicio de funciones propias del servicio farmacéutico, pudiendo entenderse que estas indicaciones están ínsitas en el principio de transparencia (recogido en el art. 11 de la Ley 3/1996). Todo ello sin perjuicio de que los principios del mérito y la capacidad resulten constitucionalmente exigibles como consecuencia del deber de la Administración pública, estatal o autonómica de servir a los intereses generales con objetividad (art. 103.1 CE) y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).” (STC 161/2011, de 19 de octubre, FJ 3)”. Este criterio vendría confirmado por el art. 47 de la Ley 22/2007, que junto a los principios de publicidad y trasparencia incluye, por remisión al artículo 41, la obligación de tener en cuenta los méritos académicos, la formación posgraduada y la experiencia profesional. En sus estrictos términos, el derecho fundamental que enuncia el art. 23.2 CE resulta completamente ajeno a la cuestión, pues ni la apertura de oficinas de farmacia, y ni siquiera el cumplimiento de la obligación de dispensación de medicamentos, entrañan el ejercicio de funciones públicas, cuyo acceso constituye el objeto de dicho derecho constitucional.

Tampoco se aprecia la vulneración del art. 33.2 CE, que el órgano judicial presenta directamente relacionada con las que considera funciones públicas ejercidas por los farmacéuticos. Sentado que se trata de establecimientos privados, la propiedad privada de los mismos está obligada a convivir con las limitaciones o restricciones que legalmente se le impongan, por la incidencia que tiene el interés público en la actividad que realizan. Es preciso recordar que, como este Tribunal ha dicho, la Constitución “reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir” (SSTC 37/1987, de 26 marzo, FJ 2, y 89/1994, de 17 de abril, FJ 4). El legislador puede, en atención a la función social que cumple la propiedad, delimitar su contenido (art. 33.2 CE) definiendo los derechos y deberes que ésta comprende en cada caso, por cuanto “utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (STC 37/1987, FJ 2). El legislador puede de este modo articular la función social de la propiedad imponiendo cargas o extrayendo facultades del haz que él mismo ha asegurado previamente, lo que concurre en el presente supuesto en el que ha estimado procedente incidir, en el modo que ya hemos expuesto, en el régimen de transmisibilidad de las oficinas de farmacia como forma de asegurar el interés general vinculado a estos establecimientos, respetando, en lo restante, la utilidad meramente individual del derecho de propiedad de estos establecimientos.

Por lo demás los argumentos del Auto se apoyan en una identificación entre el ejercicio de la profesión farmacéutica, y el establecimiento de oficinas de farmacia, que no es aceptable, pues, como ha apuntado el Ministerio Fiscal, los farmacéuticos pueden ejercer su profesión de modos distintos a la dispensación al público de medicamentos. Cuestión distinta es que las oficinas de farmacia, junto con los servicios que se incardinan en las estructuras asistenciales de los servicios públicos de salud, 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.

El modelo podrá ser discutido desde la perspectiva de su eficacia técnica, pero no puede serlo desde la óptica constitucional que se aporta en el Auto de planteamiento porque nada hay en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3). Los riesgos especulativos que aprecia el órgano judicial no pueden servir para justificar la inconstitucionalidad que denuncia, sin perjuicio de advertir que, en todo caso, esa es una cuestión que entra dentro del margen de apreciación del legislador, al que, en su caso, le correspondería, si lo estima oportuno, introducir mecanismos específicos que vayan dirigidos a eliminar o mitigar tales riesgos en la medida en que se trata de un debate que “queda al margen del control de constitucionalidad, y se enmarca dentro de la libertad configurativa del legislador” (ATC 152/2014, de 27 de mayo, FJ 4).

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil dieciséis.