

## Ha decidido

Desestimar el conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra el art. 33.3 del Reglamento general de carreteras, aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecisiete de julio de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

**16126** *Pleno. Sentencia 152/2003, de 17 de julio de 2003. Recurso de inconstitucionalidad 3537/99. Promovido por el Presidente del Gobierno frente a varios artículos de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica.*

*Competencias sobre sanidad, productos farmacéuticos, igualdad básica y legislación civil; derechos a la propiedad, al trabajo, a la libertad profesional y a la libertad de empresa; intransmisibilidad y caducidad de las autorizaciones de apertura de farmacias (STC 109/2003); dispensación de medicamentos fuera de la oficina; unidades de radiofarmacia. Nulidad parcial de preceptos autonómicos. Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 3537/99, planteado por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, frente a los arts. 4.3; 20; 23.1; y 45 b), en relación con el 46, de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica. Han comparecido el Presidente del Parlamento de Galicia, en representación de esta Asamblea, y el Director General-Jefe de la Asesoría Jurídica General de la Junta de Galicia, en representación del Gobierno de esta Comunidad Autónoma. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.

## I. Antecedentes

1. El día 4 de agosto de 1999, el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, formuló recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 4.3;

20; 23.1 y 45 b) en relación con el 46, de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica. En su escrito de alegaciones se sostiene lo siguiente:

a) Tras reproducir los preceptos de la Ley 5/1999 a los que se contrae la impugnación, el Abogado del Estado señala que todos ellos vulneran determinadas competencias que la Constitución atribuye al Estado. Dichas competencias son las reguladas en el art. 149.1.1, 6, 8 y 16 del texto constitucional. A continuación concreta el alcance de dichas competencias en relación con este recurso de inconstitucionalidad.

El art. 149.1.16 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad, competencia desarrollada, entre otras normas, por la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad. Dicha Ley regula en su art. 103 las oficinas de farmacia, considerándolas establecimientos sanitarios encargados de la custodia, conservación y dispensación de medicamentos, cuya propiedad y titularidad corresponde sólo a los farmacéuticos. De otro lado el citado artículo remite al título IV de dicha Ley, que contiene las bases del ejercicio de las profesiones sanitarias, configurando a la profesión farmacéutica como una profesión libre, de acuerdo con los arts. 35 y 36 de la Constitución (art. 88) y reconociendo la libertad de empresa en este sector conforme al art. 38 de la propia Constitución (art. 89). Estos preceptos, según el art. 2.1 de la propia Ley, tienen carácter básico, adecuándose, efectivamente, desde la perspectiva material a la naturaleza de la normativa básica por su dimensión ordenadora de la profesión farmacéutica. Dichas bases han de ser respetadas por las Comunidades Autónomas cuando ejerciten sus potestades de desarrollo normativo en la materia.

En este punto adquieren plena virtualidad las competencias del Estado de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE), pues, reconocidos como básicos el derecho al ejercicio de la profesión libre de farmacéutico y a la libertad de empresa en este sector, el establecimiento de la igualdad en las condiciones básicas de su ejercicio sólo puede corresponder al Estado al amparo de dicho título. Por ello toda normativa que altere el ejercicio de estos derechos, produciendo discriminaciones por razón del territorio, será inconstitucional. Es evidente que las normas que regulan la titularidad de las oficinas de farmacia, su transmisibilidad o la caducidad de la autorización para ejercer la profesión tienen por objeto las condiciones básicas del ejercicio de los derechos regulados en los arts. 35, 36 y 38 CE en el sector farmacéutico, siendo una consecuencia de ello que el Estado tenga competencia para regular estas cuestiones (SSTC 37/1981 y 83/1984).

El Estado dispone también de cobertura constitucional para regular la materia que nos ocupa, según el Abogado del Estado, en razón a lo dispuesto en las reglas 6 y 8 del art. 149.1 CE. Las Comunidades Autónomas, por el contrario, carecen de competencia para dictar normas sobre la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones propios de la actividad mercantil y sobre su contenido esencial (STC 37/1981) Tampoco pueden hacerlo sobre las obligaciones contractuales de naturaleza civil, su nacimiento, extinción o contenido que influyen en el tráfico civil. En suma, sólo el Estado puede legislar sobre la titularidad de los derechos que recaen sobre los elementos patrimoniales que forman las oficinas de farmacia o sobre su transmisibilidad, caducidad o extensión.

Según el Abogado del Estado también debe considerarse básico el art. 11.3 del Real Decreto 1667/1989,

de 22 de diciembre, por el que se regula el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de formación de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, así como el ejercicio efectivo del establecimiento. Dicho precepto dispone que «la cesión, traspaso o venta de una oficina de farmacia solamente podrá realizarse a favor de otro farmacéutico siempre que haya permanecido abierta el público al menos tres años». Esta norma debe considerarse básica en su contenido material y también en la perspectiva formal, pese a su insuficiente rango, pues ello ha sido admitido por el Tribunal constitucional cuando dicho contenido constituya complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia básica estatal (SSTC 25/1983, 42/1983, 57/1983, 144/1985 y 141/1993). En este caso el Real Decreto se apoya en las Directivas 85/433 CEE y 85/432 CEE, y el carácter básico de su art. 11.3 ha sido confirmado por las SSTC 80/1984 y 32/1983.

A las citadas competencias estatales hay que añadir la relativa a la «legislación sobre productos farmacéuticos», incluida también en el art. 149.1.16 CE, y que supone que al Estado le corresponde en exclusiva el establecimiento de la normativa reguladora de los productos farmacéuticos, y a las Comunidades Autónomas la ejecución de dicha normativa junto con la organización de los servicios que han de llevarla a cabo (STC 54/1990, con cita de las SSTC 32/1983, 42/1983 y 15/1989).

En suma, en razón al marco delimitado por el art. 1.1 de la Ley 25/1990, del medicamento, el Abogado del Estado señala que es competencia del Estado la regulación de la transmisibilidad de las farmacias, del ejercicio libre de la profesión farmacéutica y de la fabricación, venta y distribución de los productos farmacéuticos.

b) Tras este planteamiento general el Abogado del Estado justifica la inconstitucionalidad de los artículos recurridos.

Así, en cuanto al art. 4.3, señala que el mismo supone el establecimiento de una forma especial de circulación y distribución de los productos farmacéuticos, al prever que los mismos puedan ser suministrados a los enfermos crónicos por correo o servicio de mensajería.

Esta regulación, según el Abogado del Estado, incide en el ámbito competencial normativo reservado al Estado en materia de «legislación sobre productos farmacéuticos», ya que tiene por objeto un aspecto esencial de dicha legislación, cual es lo relativo a la circulación y distribución de dichos productos, y la Comunidad Autónoma de Galicia sólo tiene atribuida la competencia ejecutiva en esta materia (art. 33.3 EAG), por lo que no puede establecer regulación alguna al efecto.

Desde otra perspectiva complementaria el artículo impugnado infringe el art. 3.4 de la Ley 25/1990, del medicamento, que excluye la posibilidad de venta indirecta o a domicilio de medicamentos al público, sin perjuicio de la actividad de las entidades legalmente autorizadas para la dispensación. Por todo ello se solicita la declaración de inconstitucionalidad del precepto.

Por su parte los arts. 20 y 23.1 establecen las causas de caducidad de las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia y su intransmisibilidad. Estos preceptos vulneran diversas competencias estatales.

En primer lugar infringen el art. 149.1.16 CE, es decir, el ámbito de las bases de la sanidad, pues el establecimiento de las condiciones de transmisibilidad y de caducidad de las autorizaciones de las oficinas de farmacia son instrumentos esenciales para determinar la duración, estabilidad y disponibilidad de la autorización para ejercer la actividad farmacéutica.

Más concretamente, estos preceptos conculcan la Ley 16/1997, de oficinas de farmacia, que establece en su art. 4 el principio general de transmisibilidad de dichas oficinas, limitando la prohibición de transmisión

a los casos de clausura o cierre obligatorio por sanción de inhabilitación profesional penal, temporal o definitiva.

También se infringe por parte de estos artículos el art. 149.1.1 CE, toda vez que el art. 35.1 CE reconoce el derecho al trabajo en relación con el de libre elección de profesión, lo que determina que toda normativa que regule condiciones básicas para el ejercicio de una profesión se encuentra amparada por el art. 149.1.1 CE, con el fin de garantizar la igualdad de todos los españoles en esta parcela.

De otro lado, y considerando que el art. 103.4 de la Ley general de sanidad dispone que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia, lo que supone excluir del tráfico jurídico-civil un elemento patrimonial, la normativa impugnada vulnera el art. 149.1.8 CE, pues sólo el Estado puede legislar sobre esta materia. Estos preceptos también vulneran la normativa básica estatal (art. 149.1.16 CE), puesto que el art. 4 de la Ley 16/1997 establece el principio general de transmisibilidad de las oficinas de farmacia.

En cuanto a los supuestos de caducidad, también infringen la normativa básica. Así el establecimiento de una edad límite para el ejercicio de la profesión vulnera el principio de libre ejercicio recogido en el art. 103.2 en relación con el título IV de la Ley general de sanidad. En cuanto al fallecimiento vulnera el derecho a la herencia recogido en el art. 33 CE. Además, la legislación estatal no establece estas causas de caducidad.

Los arts. 45 b) y 46 se refieren a las unidades de radiofarmacia del tipo II. El primero de ellos define dichas unidades, las cuales se dedican a realizar todas las operaciones de producción y preparación de radiofármacos, mientras que el segundo atribuye a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Junta de Galicia la competencia para autorizar la apertura, acreditación y cierre de dichas unidades.

Para el Abogado del Estado ambos preceptos vulneran la competencia estatal relativa a «legislación sobre productos farmacéuticos» (art. 149.1.16 CE), ya que los radiofármacos tanto en la Ley impugnada (art. 44), como en la Ley del medicamento estatal (arts. 51 y siguientes) tienen la condición de medicamentos especiales.

De otro lado, el art. 46 de la Ley gallega es contrario al art. 52.1 de la Ley del medicamento, puesto que, según este último precepto, la fabricación de los radiofármacos ha de ser autorizada por el Ministerio de Sanidad y Consumo. Esta autorización centralizada de los centros de elaboración de radiofármacos se justifica, según el Abogado del Estado, porque exige un especial régimen de seguridad y controles específicos que se conectan con las competencias de seguridad industrial y seguridad nuclear. En definitiva, la especial peligrosidad de las instalaciones en las que se manipulan elementos radioactivos justifica la autorización y control del Ministerio de Sanidad y Consumo, funciones que deben realizarse con la intervención del Consejo de Energía Nuclear, al que la Ley 15/1980, de 22 de abril, atribuye las competencias de inspección de instalaciones nucleares y control de niveles de radiación y asesoramiento en materia de seguridad nuclear y protección radiológica, entre otros.

c) Por último el Abogado del Estado incide de nuevo en la consideración de los arts. 20 y 23.1 de la Ley recurrida, considerando que los mismos incurren en una transgresión directa de la Constitución.

El art. 103.4 de la Ley general de sanidad reserva la propiedad y titularidad de las oficinas abiertas al público a los farmacéuticos, que son profesionales sanitarios. La planificación de las oficinas de farmacia que la Ley recurrida pretende realizar afecta al ejercicio de una profesión titulada, garantizado por el art. 36 CE, y vulnera también el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), así como a la libertad

de empresa (art. 38). El farmacéutico es un profesional libre, no un funcionario. La circunstancia de que su actividad esté vinculada a los intereses generales permite sujetar a aquélla a autorización administrativa previa y al correspondiente control. Pero ello no puede conllevar la limitación del ejercicio de los derechos al trabajo, a la libertad de empresa y al libre ejercicio de la profesión. Sin embargo la privación del ejercicio profesional al cumplirse setenta años y la prohibición de transmisibilidad de la oficina transforma la autorización en una verdadera concesión y supone una relación de especial sujeción entre el farmacéutico y la Administración. Se infringe, así, el art. 38 CE, en relación con el art. 33 de la misma, pues se priva al titular de la farmacia de la disposición de un elemento patrimonial sin contraprestación.

La sujeción de la autorización a un plazo de necesaria caducidad convierte a la actividad del farmacéutico en un verdadero servicio público, lo que, en la medida en que entraña una prohibición del ejercicio de derechos constitucionales, no es constitucionalmente legítimo. Cuando la caducidad de la autorización se vincula al cumplimiento de determinada edad, se discrimina por dicha razón, y se transgrede el art. 14 CE (STC 31/1984, FJ 11) y el derecho al trabajo regulado en el art. 35 CE (STC 22/1981, FJ 8), en relación con los arts. 33, 35 y 36 de la propia CE.

Por todo lo expuesto el Abogado del Estado solicita del Tribunal que en su día declare la inconstitucionalidad de los artículos recurridos. Mediante otrosí señala la conexión objetiva existente entre el presente recurso de inconstitucionalidad y los registrados con los números 1492/97, 3316/97 y 3540/96, lo que se manifiesta por si el Tribunal considera oportuno proceder a su acumulación.

2. Mediante providencia de 15 de septiembre de 1999 la Sección Tercera acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como a la Junta y al Parlamento de Galicia, al objeto de que en el plazo de quince días puedan personarse en el proceso y formular las alegaciones que consideren convenientes. También acordó dirigirse a las partes mencionadas para que expongan lo que estimen procedente acerca de la acumulación de este recurso con los núms. 3540/96, 1492/97 y 3316/97 (acumulados), por lo que también serán oídos sobre dicha acumulación el Consejo de Gobierno y la Asamblea de Extremadura, así como la Junta de Comunidades y las Cortes de Castilla-La Mancha, que son parte en dichos procesos. Por último se acordó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diario Oficial de Galicia».

3. Con fecha 29 de septiembre de 1999 se registró en el Tribunal un escrito del Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en el que solicita del Tribunal que acuerde la acumulación del presente recurso a los que llevan por número 3540/96, 1492/97 y 3316/97, evacuando así el trámite conferido.

4. Mediante escrito registrado el día 30 de septiembre de 1999 el Presidente del Congreso de los Diputados comunica al Tribunal que dicha Cámara no se personará en el proceso ni formulará alegaciones.

5. El día 1 de octubre de 1999 el Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha manifiesta al Tribunal su conformidad con la acumulación del recurso núm. 3537/99 con los ya acumulados núms. 3540/96, 1492/97 y 3316/97.

6. El día 9 de octubre de 1999 se presentó en el Registro General del Tribunal un escrito del Presidente

del Parlamento de Galicia, al cual, entre otros documentos, se acompañan las alegaciones de dicha Cámara en el recurso de inconstitucionalidad promovido frente a la Ley 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica de Galicia. En dichas alegaciones, tras indicar que la Mesa del Parlamento de Galicia acordó no oponerse a la acumulación de este recurso con los recursos núms. 3549/96, 1492/97 y 3316/97, se sostiene, resumidamente, lo siguiente:

a) El escrito de alegaciones hace referencia, en primer lugar, al régimen de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos.

El art. 149.1.16 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos. En consecuencia con ello el Estatuto de Autonomía de Galicia atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado en materia de establecimientos farmacéuticos y sanidad interior, así como la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos (arts. 28.8, 33.1 y 33.3 EAG).

A continuación la representación procesal del Parlamento gallego se opone al criterio del Abogado del Estado de que los preceptos impugnados vulneren las competencias estatales reguladas, de un lado, en el art. 149.1.1 y 16 CE, y, de otro, en el art. 149.1.6 y 8 de la propia CE.

Así, en cuanto a la pretendida contravención competencial de los apartados 1 y 16 del art. 149.1 de la Constitución, manifiesta que no es tal, pues el legislador autonómico ha respetado esas competencias.

En este sentido, considera que el alcance de la legislación básica del Estado ha sido examinado detenidamente por el Tribunal Constitucional, que ha afirmado que dicha legislación no puede extenderse a una regulación detallada de la materia, desdibujando o vaciando de contenido a la competencia autonómica (SSTC 76/1983, 95/1986, 99/1987, 48/1988, 49/1988, entre otras) ni puede alterar el orden constitucional y estatutario. Por tanto el art. 4 de la ley 16/1997 y el art. 11.3 del Real Decreto 1667/1989, de 22 de diciembre, han de interpretarse de modo acorde con las competencias autonómicas.

El art. 149.1.1 CE, no faculta al Estado a regular la titularidad de las oficinas de farmacia ni la transmisión o caducidad de las autorizaciones, pues aquel precepto constitucional confiere al Estado una competencia transversal que por su fuerza expansiva debe ser interpretada restrictivamente (SSTC 37/1981, 86/1990, 87/1990, 88/1990, 89/1990 y 150/1990). Por lo tanto la transmisión de las oficinas de farmacia no es condición básica de los derechos profesionales de los farmacéuticos, de acuerdo con el art. 4 de la Ley 16/1997, pues ello vaciaría las competencias autonómicas. No pueden olvidarse las competencias que su apartado 2 reconoce a las Comunidades Autónomas ni tampoco el contenido de su apartado 3.

Así, la actividad de los establecimientos de farmacia se configura legalmente (título IV de la Ley general de sanidad) como actividad sanitaria privada, aunque de interés público, en lo que ha insistido el Tribunal Supremo. Al respecto también hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la función social de la propiedad contenida en la STC 37/1990, que declara que no es aceptable que «al socaire de una regulación uniforme de la propiedad privada puedan anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial».

Las reglas 6 y 8 del art. 149.1 CE no se consideran infringidas, pues la ley gallega no incide en las relaciones civiles o mercantiles constituidas al amparo de una autorización administrativa preexistente y transmisibles, sino en las futuras, que no han nacido todavía y que necesitan de la vigente ley para su existencia.

En cuanto al art. 11.3 del Real Decreto 1667/1989, en ningún caso consagra, como principio general, la transmisibilidad de las oficinas de farmacia, pues se limita a establecer que la cesión, traspaso o venta de una oficina de farmacia se ha de efectuar necesariamente a favor de otro farmacéutico. Además se rechaza su carácter básico, por carecer de rango de Ley (SSTC 35/1992, 179/1992 y 23/1993), ni reconocerle tal carácter ni la Ley 25/1990 ni la Ley 16/1997.

De otro lado, aunque el Real Decreto 1667/1989 transponga las Directivas CEE 85/432, 85/433, y 85/584, su art. 11 es novedoso respecto de estas Directivas, siendo muy variadas las normas de ordenación farmacéutica en los países de la Unión Europea.

b) Tras este planteamiento general, la representación del Parlamento gallego defiende la plena constitucionalidad del art. 4.3, relativo a la dispensación de medicamentos para enfermos crónicos. En su opinión carece de sustento el criterio del Abogado del Estado de que dicho artículo infringe la competencia estatal sobre la «legislación sobre productos farmacéuticos», pues se acomoda a la competencia autonómica de «ordenación farmacéutica» y al art. 3.4 de la Ley 25/1990, del medicamento.

La ordenación farmacéutica se vincula con una fase del ciclo farmacéutico que es la dispensación del medicamento a sus destinatarios finales, siendo las oficinas de farmacia los establecimientos donde culmina el sistema del medicamento, ya que a través de ellas llega al usuario o paciente. Es decir, el título «ordenación farmacéutica» es independiente del de productos farmacéuticos, y es en aquél donde se encuadra este precepto. Por tanto en esta materia la Comunidad gallega no tiene limitadas sus competencias a la ejecución. Por lo demás la dispensación de medicamentos se limita en este artículo a los enfermos crónicos, quedando garantizado el acto farmacéutico por la necesidad de una dispensación previa en la oficina de farmacia de ese medicamento y avalado por la receta médica. Además la dispensación es voluntaria, tanto para el paciente como para el farmacéutico.

Si bien es cierto que el legislador estatal ha querido que el suministro del medicamento sea siempre directo, ello no se vulnera con la regulación impugnada. En efecto, de un lado la exigencia de presencia y actuación profesional del farmacéutico, exigida por el art. 5.1 de la Ley 16/1997, no requiere que aquél entregue personalmente el medicamento al enfermo, pues puede contar con la colaboración de otro personal. De otro lado, la prescripción del medicamento por receta médica es acorde con las recetas de los tratamientos de larga duración, de modo que, teniendo en cuenta las previsiones del art. 13 del Real Decreto 1910/1984, de 23 de septiembre, de receta médica, y la Orden de 23 de mayo de 1994, puede considerarse que la dispensación es un acto único, aunque la primera vez la entrega se realiza en la propia oficina de farmacia y las restantes se formalizan en el domicilio del crónico, no rompiendo en ningún caso la relación farmacéutico-enfermo.

c) A continuación incide en los arts. 20 y 23.1 de la Ley impugnada, sobre caducidad y transmisión de las autorizaciones administrativas.

En cuanto a la transmisibilidad aduce que no se prohíbe de forma general la transmisibilidad de las farmacias, sino que se limita a establecer dos regímenes distintos. El primero permite la transmisibilidad de las oficinas autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor

de la ley, aunque somete su transmisión a las limitaciones reguladas en el art. 25. El segundo establece una regulación distinta para las farmacias que se autorizan con posterioridad a su entrada en vigor, sometiéndolas a un concurso público en cuyo baremo se tendrán en cuenta la experiencia profesional, los méritos académicos y la formación posgraduada. Para este segundo régimen se contemplan dos cláusulas de caducidad: el fallecimiento y el cumplimiento de setenta años de edad.

En otro orden de cosas estos artículos se ajustan al art. 4 de la Ley 6/1997, ya que éste, si bien regula la transmisión, no limita la posibilidad de su prohibición por las Comunidades Autónomas al único supuesto de clausura o cierre obligatorio. En efecto, este artículo establece en su apartado primero una limitación de las transmisiones, al exigir que únicamente podrán realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos, permitiendo a las Comunidades Autónomas, en su apartado segundo, la regulación de sus formas, condiciones, plazos y demás requisitos, y posibilitando a aquéllas, en su apartado tercero, la prohibición de la transmisión de oficinas en casos de clausura o cierre obligatorio, supuestos que no se pueden considerar taxativos, pues con ello se vaciaría la competencia autonómica.

A esta conclusión conduce también una interpretación sistemática del art. 4 con el art. 3.2 de la Ley 16/1997, precepto no básico que permite que la autorización de las nuevas oficinas de farmacia se regule por las Comunidades Autónomas. Puesto que la autorización se otorga en atención a determinadas condiciones personales, de ello se deriva su intransmisibilidad, y no la transmisibilidad al heredero o adquirente, pues ello chocaría con los principios de publicidad, transparencia y objetividad que la ley gallega establece como requisitos para la adjudicación de las oficinas. Lo contrario llevaría a desnaturalizar la autorización así concedida. La técnica autorizatoria está justificada por razones de interés general, pues las oficinas de farmacia son establecimientos privados de interés público, lo que hace que la Administración autorizante limite la actividad del particular.

También rechaza la representación procesal del Parlamento gallego que la autorización se convierta en una verdadera concesión, aunque no sea pacífico su deslinde dogmático. Así, en la autorización la actividad es privada aunque sea pública su función, lo que lleva a la jurisprudencia del Supremo a calificar a los establecimientos farmacéuticos como servicios públicos impropios. Además en la autorización la Administración no es titular del servicio.

En cuanto al art. 20 de la Ley, que establece la caducidad de las autorizaciones concedidas a partir de su entrada en vigor cuando el farmacéutico titular cumpla setenta años de edad o en caso de fallecimiento, también se considera constitucional. La caducidad aquí prevista afecta tan sólo a las oficinas adjudicadas por concurso, en concordancia con la prohibición de transmisión inter vivos regulada en el art. 23.1.

De este modo la intransmisibilidad y la caducidad están inescindiblemente unidas. Es el óbito del farmacéutico titular lo que impide, al producirse la caducidad de la autorización, que ésta pueda ser objeto de transmisión mortis causa, ya que no se integra en el patrimonio hereditario. Además la prohibición de transmitir inter vivos (art. 23.1) las nuevas autorizaciones de oficinas de farmacia es consecuencia lógica de la limitación del número de autorizaciones, evitando así la existencia de prácticas especulativas.

Es defendible que la prohibición de transmisión no sea contraria al derecho de propiedad (art. 33 CE), pues el legislador ha hecho compatible un régimen de patrimonialización de las anteriores autorizaciones con otro que lo limita a las nuevas. Además, es doctrina cons-

titucional que resulta lícita para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de los derechos de contenido patrimonial por razones derivadas de su función social (SSTC 37/1987 y 227/1993). El derecho de propiedad, cuando tiene por objeto una oficina de farmacia, experimenta una limitación en su contenido al prevalecer el interés general sobre el particular.

Por lo que se refiere a la edad de setenta años como supuesto de caducidad, es coherente con el límite de la solicitud de autorización a los farmacéuticos que hayan cumplido sesenta y cinco años al inicio de la autorización (art. 19.5, no impugnado). El Tribunal se ha pronunciado sobre la edad como supuesto incluido en el art. 14 CE (SSTC 75/1983), pero no toda desigualdad constituye discriminación si la justificación es objetiva y razonable y existe proporcionalidad entre medios y fines perseguidos (STC 22/1981).

d) Respecto de los arts. 45 b) y 46, que regulan la producción de radiofármacos en las unidades de radiofarmacia del tipo II, según la representación autonómica se encuadran en el título competencial de «ordenación farmacéutica».

De otro lado, si bien el art. 52.1 de la Ley 25/1990 del medicamento establece la necesaria autorización para las preparaciones extemporáneas de radiofármacos, el apartado 2 del mismo precepto excepciona esta autorización para la preparaciones extemporáneas de radiofármacos «si se realizan exclusivamente a partir de generadores, equipos reactivos y precursores autorizados y con arreglo a las instrucciones del fabricante».

Por lo demás el art. 45 b) define las unidades de radiofarmacia de tipo II y lo hace a los únicos efectos de establecer en su art. 47 los requisitos que deben cumplir tales unidades en lo relativo a la dotación personal.

El art. 46 establece, simplemente, la competencia autonómica para la apertura, acreditación y cierre de las unidades de radiofarmacia como establecimientos farmacéuticos.

e) Por último se rechaza que los arts. 20 y 23.1 vulneren los arts. 35, 36, 38 y 14 de la Constitución, debiendo darse por reproducido, como punto de partida, lo aducido en el anterior apartado c).

En cuanto a la infracción del art. 35.1 CE, este artículo no consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino a elegir libremente profesión y oficio, y la regulación de la profesión u oficio no es una regulación de derechos constitucionalmente garantizados (STC 83/1984). Asimismo es inherente a la profesión que libremente se escoge el cumplimiento de los deberes o requisitos que dicha profesión impone (STC 26/1987). En este sentido, el farmacéutico, cuando accede al ejercicio de la profesión farmacéutica como titular de una oficina de farmacia, debe aceptar todas las condiciones que son propias y también las conectadas al sistema concursal derivadas de la preeminencia del interés público a que se encuentran vinculadas. Además el Tribunal Constitucional ha señalado (ATC 158/1982) que la apertura de una oficina de farmacia no puede identificarse con las condiciones de ejercicio de la profesión farmacéutica en general, pues este ejercicio puede realizarse de modos distintos y no sólo como titular de una oficina de farmacia.

Por lo que se refiere al art. 36 CE, la STC 42/1986 dejó señalado que corresponde al legislador regular el ejercicio de las profesiones tituladas, decidiendo cuándo la profesión debe dejar de ser enteramente libre y pasar a ser titulada. Complementariamente también ha indicado el Tribunal (STC 83/1984) que no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión o actividad, de modo que los límites a la libre elección de profesión se contienen en una frondosa nor-

mativa infralegal. En suma, tampoco vulneran estos preceptos impugnados el art. 36 CE.

Por último, en lo relativo a la vulneración del art. 38 CE, la libertad de empresa consagrada en el mismo tampoco es un derecho absoluto, sino sometido a límites (SSTC 184/1981, 147/1986 y 111/1983), siendo lícita la imposición de dichos límites y restricciones por razón de su función social (STC 111/1983, FJ 4), los cuales vienen impuestos por normas de muy distinto orden, estatales y autonómicas (SSTC 83/1984, 225/1993 y 227/1993). En conclusión, el art. 38 CE tampoco resulta vulnerado.

Por todo lo expuesto el representante del Parlamento de Galicia solicita del Tribunal que declare la constitucionalidad de los artículos impugnados.

7. El día 11 de octubre de 1999 presenta sus alegaciones en el Tribunal el Director General-Jefe de la Asesoría Jurídica General de la Junta de Galicia, las cuales se sintetizan a continuación:

a) Tras reproducir los artículos que constituyen el objeto del recurso de inconstitucionalidad, expone el marco de distribución de competencias que debe tenerse en cuenta para la resolución del recurso.

Así al Estado le corresponde el establecimiento de las normas básicas y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE).

En cuanto a la Comunidad Autónoma de Galicia, ha asumido las de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado sobre establecimientos farmacéuticos, desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior y la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos (arts. 28.8, 33.1 y 33.3 EAG).

Tal es el marco a considerar, debiendo reseñarse que no cabe que la Comunidad Autónoma de Galicia ejercite funciones de desarrollo legislativo en relación con la materia «productos farmacéuticos» (SSTC 32/1983, 42/1983 y 15/1989).

A continuación la representación procesal de la Junta de Galicia realiza diversas puntualizaciones que considera relevantes.

En primer lugar, el Estado no se reserva competencia alguna en relación con la ordenación farmacéutica o los establecimientos farmacéuticos. El Estado sólo tiene competencia para ordenar los establecimientos farmacéuticos en la medida en que ello sea preciso para determinar las bases sobre sanidad interior.

En segundo lugar, hay una indudable zona de tangencia entre la materia «sanidad» y la de «productos farmacéuticos», no siendo fácil distinguir entre ellas, si bien el art. 2 de la Ley de el Medicamento proporciona algunos criterios de distinción.

De acuerdo con lo señalado, el principal título competencial en que se ampara la Ley recurrida es el desarrollo legislativo de las normas básicas en materia de sanidad interior, el cual afecta a los establecimientos farmacéuticos. Todos los preceptos recurridos tienen como referencia, a efectos de encuadramiento competencial, el esquema señalado, por lo que carece de relevancia toda la argumentación del Abogado del Estado respecto a la incidencia de la competencia de «legislación sobre productos farmacéuticos». Lo que regula la Ley recurrida son los establecimientos, y ello en virtud del título previsto en el art. 28.8 EAG.

Por ello no resulta admisible que el Abogado del Estado aluda a títulos competenciales reservados a la normativa básica si el Estado no ha procedido a una regulación expresa mediante leyes que tengan tal carácter. Ello ha sido reconocido por el Tribunal constitucional, que ha insistido en la necesaria dimensión formal de las normas básicas (SSTC 69/1988 y 13/1989).

Estas consideraciones tienen una especial trascendencia, pues el Estado ya ha regulado las bases de la sanidad interior que resultan aplicables a los establecimientos farmacéuticos a través de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, la Ley de medicamento de 20 de diciembre de 1990 y la Ley que regula los servicios de las oficinas de farmacia, de 25 de abril de 1997.

No resulta admisible la invocación de títulos competenciales transversales, como el art. 149.1.1 CE, en relación con otros preceptos también genéricos (arts. 35 y 36 CE), pues, si el Estado hubiera querido vincular el régimen de apertura de oficinas de farmacia, debiera haberlo hecho expresamente a través de normas básicas. Sin embargo las leyes citadas no han regulado con detalle estos aspectos.

b) Tras esta exposición preliminar examina la impugnación del art. 4.3 de la Ley recurrida, que prevé que las oficinas de farmacia puedan dispensar a través de correo o servicios de mensajería los medicamentos que, por circunstancias especiales, requieran periódicamente los enfermos crónicos, siempre que tengan garantizada su prescripción por receta médica y exista una dispensación previa en esa oficina de farmacia de ese mismo medicamento.

La representación procesal autonómica rechaza el criterio del Abogado del Estado según el cual el artículo reproducido es contrario al art. 3.4 de la Ley del medicamento, que prohíbe la venta de medicamentos a domicilio o cualquier tipo de venta indirecta de los mismos, y que se incardina en el título competencial de «legislación sobre productos farmacéuticos».

Para dicha representación autonómica el art. 4.3 de la Ley gallega se asienta en la competencia relativa al desarrollo de la legislación del Estado sobre establecimientos farmacéuticos, que corresponde a la Comunidad Autónoma. Considera obvio que la dispensación de estos medicamentos se realiza por las oficinas de farmacia, dada la conexión de este apartado 3 con el apartado 1 del mismo precepto. Luego se está regulando la actividad de un establecimiento farmacéutico y una modalidad concreta de dispensación de medicamentos por aquel establecimiento.

De otro lado, el art. 4.3 de la Ley recurrida no es contrario al art. 3.4 de la Ley del medicamento. En efecto, sólo las oficinas de farmacia pueden dispensar medicamentos bajo esta modalidad, cerrando la posibilidad de que lo hagan personas no autorizadas o farmacéuticos no establecidos y, según el precepto, se hace con requisitos muy concretos y justificados, como son que la dispensación quede garantizada por la prescripción del medicamento por receta y que ese medicamento le haya sido ya dispensado al enfermo crónico en la propia oficina. Con este cúmulo de requisitos parece obvio que no existe la transgresión denunciada.

Además la venta por correo no es una venta a domicilio ni una venta indirecta. La venta por correo impugnada se concierne entre el farmacéutico y el paciente en el propio establecimiento, con la única peculiaridad de que la entrega del medicamento se hace de modo diferido. En conclusión, nada tiene que ver esta forma de entrega del medicamento con las ventas a domicilio reguladas en el art. 28 de la Ley de ordenación interior del comercio de Galicia.

c) A continuación defiende la constitucionalidad de los arts. 20 y 23.1, relativos, respectivamente, a la caducidad de las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia en caso de cumplimiento por el farmacéutico de setenta años de edad o de fallecimiento y a la intransmisibilidad de las oficinas de farmacia.

Hay una importantísima peculiaridad de esta normativa que debe ser reseñada desde el primer momento: la intransmisibilidad sólo se predica de las oficinas de

farmacia adjudicadas por concurso y con posterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley, de modo que se ha optado por dejar intangibles los derechos o expectativas adquiridos durante la vigencia de la legislación anterior. Ello es también una consecuencia lógica del art. 19.4, que dispone que la autorización de las oficinas de farmacia se realizará por concurso público, de acuerdo con un baremo, y la consideración al efecto de ciertos requisitos, como son la experiencia profesional, méritos académicos, formación postgraduada, etc.

Antes de entrar a justificar la plena constitucionalidad de los dos preceptos recurridos, la representación autonómica considera necesario examinar la legislación básica que debe ser tenida en cuenta en relación con dichos preceptos y también los antecedentes legislativos.

Así se parte de que la Constitución no contiene ningún precepto que directamente se refiera los establecimientos farmacéuticos. El art. 36 CE alude genéricamente a las profesiones colegiadas, pero sólo para establecer la reserva de ley respecto de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Ello es importante, pues, si no hay reconocido un contenido esencial ni material alguno respecto de dicho ejercicio de las profesiones tituladas, el Estado no puede imponer condiciones básicas que garanticen la igualdad en ese ámbito (art. 149.1.1 CE).

Es decir, la aprobación de la Constitución en nada ha afectado al modelo de ordenación farmacéutica preconstitucional. Este estaba recogido en la Ley de bases de ordenación del sistema sanitario de 1944 y en diversas normas reglamentarias. A los efectos que interesan aquí el modelo existente era fuertemente planificado, pues, como señala el Tribunal Supremo, a partir de la Ley de 1944 «se abandona el sistema de libre concurrencia y se configura la actividad de asistencia farmacéutica con los caracteres de servicio público impropio o de servicio de interés público, sujetándolas a determinadas limitaciones y exigencias» (STS de 4 de abril de 1997). En definitiva, la legislación establecía importantes limitaciones para poder abrir una oficina de farmacia, condicionándolo a una autorización administrativa y al cumplimiento de estrictos requisitos de distancias, niveles de población y número de habitantes. Es decir, no se trataba de un sistema basado en la economía de mercado o en la libertad de empresa, pues un farmacéutico con su simple cualificación conectada al título académico no podía instalarse en España con libertad. Y así el Tribunal de Defensa de la Competencia ha puesto de relieve en sus informes que el acceso a la propiedad y titularidad de una oficina de farmacia está fuertemente regulado.

Esta era la situación existente en el momento de la aprobación de la Ley general de sanidad. De esta Ley sólo un artículo, el 103, alude de forma directa a las oficinas de farmacia, atribuyéndoles las funciones de custodia, conservación y dispensación de medicamentos (apartado 1), considerándoles establecimientos sanitarios (apartado 2), sujetándolas a planificación (apartado 3) y disponiendo que sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios y titulares de las oficinas abiertas al público (apartado 4). Incidiendo en esta regulación básica, el representante del gobierno autonómico aprecia que el art. 103.2, al disponer que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios, se remite al título IV de la Ley, que versa sobre las actividades sanitarias privadas y reconoce (art. 88) el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias de acuerdo con los arts. 35 y 36 CE. Sin embargo ello no puede ir en detrimento de lo dispuesto en el art. 103.3, esto es, de la planificación a que deban someterse dichas oficinas.

Sobre el carácter fuertemente planificado de estas oficinas ha insistido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que resalta que nos hallamos ante un servicio públi-

co, calificado como servicio público impropio o como actividad privada de interés público.

De otro lado el Tribunal Constitucional ha recordado en ocasiones la plena constitucionalidad de modelos normativos que comportan restricciones a los derechos patrimoniales cuando se justifica así la defensa de los intereses generales (STC 83/1984, 37/1987, 37/1990 y 227/1993).

Por su parte la Ley del medicamento introduce pocas novedades en el sistema descrito. No alude a la libertad de empresa en el ámbito farmacéutico y, sin embargo, pone un énfasis especial en la planificación (art. 88).

Para el representante procesal autonómico resulta revelador que ni la Ley general de sanidad ni la del medicamento contengan regulación alguna sobre extremos tan esenciales como son la autorización administrativa de apertura del establecimiento farmacéutico, la caducidad o la transmisibilidad de la oficina de farmacia. En su opinión significa que estos aspectos no constituyen bases de la sanidad, no son medidas tendentes a garantizar una adecuada asistencia sanitaria a la población, sino que tienen como exclusivo designio la ordenación de una actividad profesional que queda abierta a la regulación que sobre la misma puedan acometer las Comunidades Autónomas.

Así se llega a la Ley de 25 de abril de 1997, de regulación de los servicios de oficina de farmacia, que tiene como precedente al Real Decreto-ley de 17 de junio de 1996, y que declara básica la regulación de la transmisión de dichas oficinas de farmacia.

Una vez expuesto el panorama legislativo existente, el representante del Gobierno gallego defiende la constitucionalidad del art. 20 de la Ley recurrida, que prevé la caducidad de la autorización administrativa de apertura en los casos de cumplimiento de setenta años de edad o de fallecimiento. Se opone, así, al criterio del Abogado del Estado de que esta regulación vulneraría el art. 35 CE, pues la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC de 2 de julio de 1981) ha rechazado esa posibilidad al admitir que la edad puede conducir a la extinción de la relación laboral. El Tribunal considera ilícita la jubilación obligatoria cuando se impone de forma genérica o incondicionada para todo tipo de trabajadores sin tener en consideración las actividades o tareas correspondientes. En conclusión, limitar el ejercicio de ciertas profesiones o actividades es lícito cuando existan razones de interés público que lo justifiquen.

Así ocurre en relación con la profesión farmacéutica, pues la asistencia en las oficinas de farmacia ha de prestarse con todas las garantías. Además, la edad de setenta años no es caprichosa o arbitraria, pues es la propia en el caso de múltiples actividades relevantes y es la edad límite en el ámbito sanitario público.

Esta restricción también es lícita respecto del art. 38 CE, pues constituye un supuesto más de limitación de la libertad de empresa sobre la base de la ordenación de un sector y de una actividad de marcado interés público (STC 83/1984).

A continuación examina el contenido de la impugnación realizada por el Abogado del Estado del art. 23.1 de la Ley gallega, que prevé la intransmisibilidad de las oficinas de farmacia. A este precepto se le achaca, en primer lugar, que altera el modelo de libertad de empresa que para el ámbito farmacéutico contemplan los arts. 103 y 88 de la Ley general de sanidad. Por las mismas razones vulneraría también el art. 38 CE. Para la representación del Gobierno de Galicia se hace una interpretación distorsionada de la trascendencia que tiene la intransmisibilidad de la autorización de apertura.

La intransmisibilidad de la autorización no lleva aparejado que el patrimonio empresarial que el farmacéutico haya ido formando carezca de valor. La farmacia, como negocio, es transmisible, si bien de un modo limitado,

puesto que sólo podría adquirirla un farmacéutico que tenga la correspondiente autorización administrativa. Por lo tanto la imposibilidad de transmitir el título administrativo no implica la imposibilidad de transmitir el negocio. Es decir, ocurrirá lo que en otras muchas empresas: que en su acervo patrimonial hay elementos y relaciones jurídicas transmisibles y otros que no lo son. En definitiva, el art. 23.1 no altera el modelo de libertad de empresa, sino que introduce una limitación en atención a un interés público justificado y se funda en la propia naturaleza del vínculo que une al farmacéutico con la Administración, pues la relación jurídica se entabla en atención a las cualidades personales del farmacéutico.

Descartados los motivos de inconstitucionalidad examinados, el representante procesal autonómico rechaza que el art. 23.1 haya vulnerado las competencias del Estado previstas en el art. 149.1.6 y 8 CE, es decir, las relativas a la legislación mercantil y civil. Ya ha insistido en que en toda oficina de farmacia existe un entramado patrimonial y otro de carácter jurídico-administrativo, según ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 17 de septiembre de 1992, 27 de diciembre de 1991, etc.). Pues bien, los elementos de carácter patrimonial se transmiten con arreglo al Derecho civil, pero no puede ocurrir así con los de carácter administrativo. En conclusión, el art. 23.1 de la Ley de ordenación farmacéutica de Galicia no regula el régimen de transmisibilidad de un derecho patrimonial privado, por lo que no invade las competencias establecidas en el art. 149.1.6 y 8 CE.

Seguidamente se examina si el art. 23.1 es contrario a lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, y en el art. 5.1 del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril.

Para la representación autonómica carece de sentido contrastar el precepto impugnado con las dos normas a que se acaba de aludir, pues, dado que el contenido del art. 5.1 del Real Decreto 909/1978 es reproducido por el art. 4 de la Ley 16/1997, basta con realizar el contraste con este último, que ha sido formalmente declarado básico.

Pues bien, el art. 4.1 de la Ley 16/1997 no establece un principio general de transmisibilidad de las oficinas de farmacia. Incluso la exposición de motivos no dice que la intención de la Ley sea establecer un principio general de transmisibilidad de las oficinas, sino ratificar «el criterio tradicional de nuestra legislación de que únicamente pueda realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos». Por tanto hay que entender que cuando la transmisión esté prevista y regulada se hallará sometida a un límite: nunca se podrá autorizar la transmisión a favor de persona que no sea farmacéutica.

Desde una perspectiva diferente la representación procesal autonómica defiende la constitucionalidad del art. 23.1 de la Ley recurrida con el argumento de que el Estado carece de títulos competenciales para imponer como criterio general la transmisibilidad de las farmacias. En efecto, un criterio como éste sólo podría sustentarse en el hecho de que ello fuera una exigencia básica de la sanidad interior (art. 149.1.16 CE). Sin embargo la transmisibilidad de las farmacias no podría tener esta naturaleza, pues no afecta directamente a las prestaciones sanitarias que perciben los ciudadanos, sino que se centra en las relaciones entre los profesionales y la Administración sanitaria, es decir, se refiere a la organización de una actividad empresarial y profesional y no afecta al usuario de los servicios sanitarios.

Por lo tanto la Comunidad de Galicia puede regular esta cuestión como lo ha hecho al amparo de sus competencias de ordenación farmacéutica.

Descartado también este motivo de inconstitucionalidad, el representante procesal autonómico analiza, por último, si el Estado puede regular la transmisibilidad de

las farmacias al amparo de otro título competencial, en concreto, al amparo del art. 149.1.1 CE, en relación con los arts. 35, 36 y 38 CE.

En este sentido insiste en que el Tribunal constitucional en su STC 83/1984 ha afirmado que la regulación de las distintas profesiones u oficios no supone una regulación de los derechos garantizados en el art. 35, 36 o 38 CE. Si ello es así, difícilmente se puede pretender que el Estado esté legitimado para imponer la uniformidad en la materia sobre la base del art. 149.1.1 CE, lo cual no respondería a los principios doctrinales que acerca de este título competencial se contienen en la STC 61/1997 (algunos de los cuales reproduce), máxime cuando la Constitución no reconoce ningún contenido esencial en cuanto al ejercicio de las profesiones tituladas.

d) Seguidamente se examina la impugnación correspondiente a los arts. 45 b) y 46 de la Ley de ordenación farmacéutica de Galicia, que contienen la definición de las unidades de radiofarmacia tipo II y atribuyen a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Junta de Galicia la competencia para autorizar la apertura, acreditación y cierre de aquellas unidades. El Abogado del Estado sostiene en la demanda que estos preceptos invaden la competencia del Estado para establecer la «legislación sobre productos farmacéuticos» (art. 149.12.16 CE) y, en concreto, lo regulado en el art. 52.1 de la Ley del medicamento, que atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo las referidas autorizaciones. También resultan vulneradas las competencias del Estado sobre «seguridad industrial» y «seguridad nuclear» (art. 149.1.25 y 29 CE).

Para la representación procesal autonómica no se produce la vulneración aludida.

Los preceptos impugnados no infringen competencias estatales porque han sido dictados en ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de establecimientos farmacéuticos, competencias que son de desarrollo legislativo y ejecución (art. 28.8 EAG). Y tampoco vulneran lo regulado en el art. 52.1 de la Ley del medicamento, porque la autorización autonómica regulada en el art. 46 no tiene nada que ver con la autorización estatal regulada en el citado art. 52.1.

La Ley del medicamento regula los radiofarmacos en sus arts. 51 a 53. El art. 51 establece el concepto, entre otros, de radiofarmaco. Por su parte el art. 52 reserva al Ministerio de Sanidad y Consumo la autorización previa de la fabricación industrial y la autorización y registro de los generadores, equipos reactivos, precursores y radiofarmacos. De ello se infiere que cualquier otra competencia ejecutiva o autorización prevista o amparada en la legislación y distinta a las aludidas compete, en el ámbito territorial de Galicia, a esta Comunidad Autónoma.

El apartado segundo del art. 52 de la Ley del medicamento establece una importante excepción, pues exige de la autorización a que alude el art. 52.1 a) los supuestos de «preparación extemporánea de un radiofarmaco», aunque ello se someta a otras condiciones, cuyo control, por tratarse de actuaciones de carácter ejecutivo no reservadas al Estado, corresponden a la Comunidad Autónoma.

Finalmente el art. 53 dispone que lo anterior se entiende sin perjuicio de la normativa atinente a la protección de las personas contra las radiaciones y la protección de la salud pública y de los trabajadores como consecuencia de la preparación de estos fármacos. Con ello se dejan a salvo el régimen jurídico propio de la energía nuclear y de la seguridad pública.

Debe tenerse en cuenta también el Real Decreto 479/1993, de 2 de abril, por el que se regulan los radiofarmacos de uso humano, dictado al amparo de la competencia estatal en materia de «legislación sobre pro-

ductos farmacéuticos». En este Reglamento se reproduce (art. 2) el criterio legal de que la preparación extemporánea, no industrial, de radiofarmacos no precisa de autorización estatal. También es importante su regulación de las unidades de «radiofarmacia» (art. 11). La unidad de radiofarmacia es un establecimiento farmacéutico al que corresponde la elaboración y producción no industrial de radiofarmacos.

De todo lo expuesto la representación autonómica deriva la conclusión de que, mientras los radiofarmacos sometidos en su procedimiento de fabricación industrial han de ser autorizados y registrados por la Administración estatal, los no preparados industrialmente, esto es, los radiofarmacos producidos en forma extemporánea, pueden ser distribuidos y aplicados sin que el Estado los autorice. Es decir, los mismos son elaborados por establecimientos farmacéuticos (las unidades de radiofarmacia) que, en cuanto tales, se someten, en su caso, a autorización de la Comunidad Autónoma y no del Estado.

Los arts. 45 b) y 46 de la Ley de ordenación farmacéutica de Galicia respetan este planteamiento y son, por ello, constitucionales. Se dictan al amparo de la competencia autonómica sobre establecimientos farmacéuticos, y la autorización a que alude el art. 46 se refiere exclusivamente a la apertura, acreditación y cierre de una modalidad de establecimientos farmacéuticos, como son las unidades de radiofarmacia. Estas unidades de radiofarmacia son de dos tipos. De tipo I, que se caracterizan porque tienen como cometido la realización de operaciones de preparación extemporánea de radiofarmacos relativamente sencillas; y de tipo II, que realizan actividades también atinentes a la preparación extemporánea de radiofarmacos, pero dotadas de mayor complejidad y desarrolladas en locales que pueden estar ubicados fuera de los centros en que se realiza la actividad asistencial. Nada tiene que ver, pues, esta autorización con la regulada en el art. 52.1 de la Ley del medicamento. Es más, el art. 46 ni tan siquiera invoca lo ya previsto por la normativa estatal al someter estos establecimientos a autorización. Tan sólo atribuye a un concreto órgano de la Administración autonómica el control de los requisitos que la legislación estatal, especialmente el Real Decreto 479/1993, establece en relación con las unidades de radiofarmacia y la preparación extemporánea de radiofarmacos, lo cual corresponde a la Comunidad Autónoma en cuanto competencia ejecutiva no reservada al Estado. Incluso aunque se sostuviera que las unidades de radiofarmacia tipo II pueden realizar operaciones de fabricación industrial de radiofarmacos, la salvedad contenida en el último inciso del art. 46 deja a salvo la competencia autorizatoria estatal.

Termina su escrito la representación procesal del Gobierno de Galicia solicitando la declaración de constitucionalidad de los artículos recurridos, manifestando también su criterio de no oposición a la acumulación de procesos que se sometió a su consideración, si bien resalta la peculiaridad de la Ley objeto de este recurso de inconstitucionalidad.

8. El día 8 de octubre de 1999, la Presidenta del Senado comunica al Tribunal que la Cámara se persona en el procedimiento y ofrece su colaboración.

9. El día 5 de octubre de 1999 la Letrada de la Junta de Extremadura se dirige al Tribunal manifestando que no existen obstáculos que impidan acceder a la acumulación solicitada.

10. Con fecha 26 de octubre de 1999, el Letrado de la Asamblea de Extremadura solicita al Tribunal que adopte la decisión que corresponda acerca de la acumulación de procesos en su día planteada, a la vista del cumplimiento de las exigencias legales al respecto.

11. Por ATC de 15 de febrero de 2000, el Pleno acordó denegar la acumulación del recurso de inconstitucionalidad núm. 3537/99 a los ya acumulados núms. 3540/96, 1492/97 y 3316/97.

12. Por providencia de 15 de julio de 2003, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 de julio siguiente.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este recurso de inconstitucionalidad, planteado por el Presidente del Gobierno, es la impugnación de los arts. 4.3, 20, 23.1 y 45 b), en relación con el art. 46, de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica de Galicia.

Tres son las cuestiones que se debaten en este proceso: a) En primer lugar, dos aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas exigibles para la apertura y funcionamiento de las oficinas de farmacia, cuales son, la intransmisibilidad inter vivos y la caducidad, en determinados casos, de las oficinas de farmacia. b) En segundo lugar, la dispensación a los enfermos crónicos de medicamentos a través de correo o servicios de mensajería, y c) Por último, la regulación de la actividad de las unidades de radiofarmacia de tipo II y la autorización de las mismas.

El Abogado del Estado denuncia que las regulaciones normativas de estas cuestiones por la Ley recurrida constituye una vulneración de diversos preceptos de la Constitución. En concreto, atribuye al principio de intransmisibilidad de las autorizaciones administrativas de las oficinas de farmacia y a su caducidad en determinados supuestos la infracción de los arts. 14, 33, 35, 36, 38 y 149.1, números 1, 8 y 16, en lo atinente a las bases del sector sanitario, de la Constitución. En cuanto a los otros dos puntos sometidos a discusión, la dispensación de medicamentos a enfermos crónicos y la regulación de las unidades de radiofarmacia de tipo II les achaca, exclusivamente, la vulneración de la competencia estatal regulada en el art. 149.1.16 CE, si bien en lo relativo al segmento material de «legislación sobre productos farmacéuticos», y también las de «seguridad industrial» y «seguridad nuclear».

Por su parte las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia rechazan que los artículos recurridos de la Ley 5/1999 incurran en los vicios de inconstitucionalidad aducidos por el Abogado del Estado. En concreto manifiestan que la regulación de la intransmisibilidad y de la caducidad en determinados casos de las autorizaciones de apertura y funcionamiento de las oficinas de farmacia se adecúa a la normativa básica en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) y no vulneran tampoco los restantes preceptos de la Constitución que el Abogado del Estado señala. En cuanto a la dispensación de medicamentos a enfermos crónicos y a la regulación de unidades de radiofarmacia de tipo II se oponen a que las normas impugnadas se incardinan, desde la perspectiva del orden constitucional de competencias, en la materia de «legislación sobre productos farmacéuticos», pues lo hacen en la de «establecimientos farmacéuticos», materia en la que la Comunidad Autónoma de Galicia ha asumido la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de las bases de ordenación que al respecto establece el Estado (art. 28 EAG), lo que habilita a la Comunidad Autónoma para dictar aquellas normas, no habiendo incurrido, al hacerlo, en extralimitación alguna.

2. Procede abordar ya el examen de las cuestiones que constituyen el objeto de este proceso, comenzando por el primer grupo de preceptos (arts. 20 y 23.1), que se refieren, como antes señalábamos, a los supuestos

de caducidad de las autorizaciones administrativas de apertura y funcionamiento de las oficinas de farmacia y a la transmisión inter vivos de dicha oficinas.

Los preceptos aludidos establecen lo siguiente:

«Art. 20. *Caducidad de la autorización.*

Las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia otorgadas a partir de la entrada en vigor de la presente ley caducarán al haber cumplidos el farmacéutico, a cuyo nombre se extienda la autorización y el acta de apertura de la oficina de farmacia, setenta años de edad o en caso de que fallezca.»

«Art. 23. *Transmisión inter vivos.*

1. No podrán ser transmitidas las oficinas de farmacia adjudicadas por concurso con posterioridad a la entrada en vigor de la vigente ley.»

Según exponíamos en el fundamento jurídico primero, el Abogado del Estado considera que ambos preceptos incurren en diversas infracciones constitucionales, singularmente, las relativas a la vulneración de la normativa básica en materia de sanidad (art. 149.1.16) y de la de los arts. 14, 33, 35, 36 y 38, lo que determina también la transgresión del art. 149.1.1, todos ellos de la Constitución, conforme se detalla en el antecedente segundo.

A este planteamiento se oponen las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno de Galicia, cuyas alegaciones se han resumido en los antecedentes sexto y séptimo.

Pues bien, lo primero que debemos poner de manifiesto es que sobre las cuestiones ahora debatidas ya nos hemos pronunciado en nuestra reciente Sentencia 109/2003, de 5 de junio, la cual contiene una doctrina que también resulta de aplicación a este recurso de inconstitucionalidad.

3. En la STC 109/2003, hemos enjuiciado la adecuación a la Constitución de las Leyes 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha.

En dicha Sentencia, con ocasión del examen de alegato del Abogado del Estado respecto a la infracción por parte de determinados preceptos de dichas leyes, análogos a los que ahora se discuten, de la normativa básica del Estado en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) sentábamos la siguiente doctrina:

a) Sobre el encuadramiento competencial de los preceptos de ambas leyes que regulaban la intransmisibilidad y la caducidad de las autorizaciones de apertura de las oficinas de farmacia, declarábamos que éstas son configuradas como «establecimientos sanitarios» por el art. 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (en adelante LGS), lo que determina que las regulaciones antedichas, que afectan de modo sustancial al régimen jurídico de dichos establecimientos, deban incardinarse, desde la perspectiva del orden constitucional de competencias, en la materia de «sanidad».

Este criterio se alcanza al reiterar la doctrina de las SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 80/1984, de 20 de julio, según la cual «la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios ... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de

establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia [STC 32/1983] se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria ... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados (STC 80/1984, FJ 1)» (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3).

b) Realizado este encuadramiento competencial, y tras exponer el canon de constitucionalidad que caracteriza a la normativa básica según nuestra doctrina constitucional, con referencia a la STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5, confirmábamos el carácter básico de los arts. 103.2 y 4 de la Ley general de sanidad y 4 de la Ley 16/1997.

El art. 103. 2 y 4 de la Ley general de sanidad establece que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios, siendo los farmacéuticos los únicos propietarios y titulares de las mismas. Ambos apartados tienen carácter básico, al cumplir las exigencias formales necesarias para ello, pues «tienen rango legal y han sido declaradas básicas por el art. 2.1 LGS», y satisfacen también las exigencias materiales de la normativa básica, en cuanto que con las prescripciones normativas aludidas «el legislador ha establecido orientaciones que garantizan el mínimo común normativo en esta materia» (STC 109/2003, FJ8).

En cuanto al art. 4 de la Ley 16/1997, establece que la transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos, correspondiendo a las Comunidades Autónomas regular las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones. También prevé que en determinados supuestos de clausura o cierre obligatorio de las oficinas de farmacia las Comunidades Autónomas podrán prohibir su transmisión.

Respecto de la impugnación de este precepto afirmábamos en dicha STC 109/2003 que satisface las exigencias formales de la normativa básica, al ser calificado como tal por la disposición final primera de la propia Ley 16/1997. Y en cuanto a la perspectiva material se alcanzaba igual conclusión en dicha Sentencia, diciendo al respecto que «cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa farmacéutica, estaremos, indudablemente, ante materia propia de bases y, por lo tanto, competencia del Estado. Y de lo que no cabe duda es de que la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia constituye uno de esos elementos estructurales»; de modo que «nada cabe oponer al ejercicio de la función legislativa de las Cortes Generales, así ejercida, salvo constatar que, al hacerlo, no ha impedido a las Comunidades Autónomas el ejercicio de sus competencias normativas y ejecutivas, según se desprende de la lectura del artículo recurrido y concordantes de la propia Ley 16/1997. En suma, la configuración como básica de la transmisibilidad de las autorizaciones administrativas de la apertura de las oficinas de farmacia, si bien podrá o no ser discutida desde la perspectiva de su eficacia técnica, no puede serlo desde la óptica constitucional, pues, insistimos en ello, confirma un mínimo común normativo para todo el territorio nacional y, a la vez, permite expresamente a las Comunidades Autónomas que desarrollen, con un alcance suficiente, su función planificadora en aras del interés público. Por tanto, se confirma que su art. 4 tiene carácter básico, pero conviene subrayar que no proclama un principio general de transmisibilidad, sino de transmisibilidad limitada en los términos y con los condicionamientos a que

acaba de hacerse referencia» (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8).

De acuerdo con esta doctrina, podemos proceder ya al enjuiciamiento de los dos preceptos de este bloque.

4. Comenzando por el art. 23, cuyo tenor literal hemos reproducido en el anterior fundamento jurídico, se aprecia que el mismo prohíbe la transmisión de las oficinas de farmacia que hayan sido autorizadas, mediante el correspondiente concurso público (art. 19) con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/1999.

Es obvio que la prohibición de transmisión de estas oficinas, formulada de modo absoluto, resulta contraria al art. 4.1 de la Ley 16/1997, que establece la posibilidad de su transmisión a otro u otros farmacéuticos y de acuerdo con la normativa autonómica complementaria, que se prevé en el apartado 2 del mismo precepto básico.

De esta forma, el art. 23.1 de la Ley recurrida impide que se materialice en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia el criterio normativo común que la norma básica estatal establece para todo el territorio nacional, por lo que procede que lo declaremos inconstitucional y nulo. Esta declaración hace innecesaria la valoración de los restantes motivos de inconstitucionalidad aducidos.

5. En cuanto al art. 20, reproducido también con anterioridad, dispone la caducidad de las autorizaciones de apertura de las oficinas de farmacia otorgadas a partir de la entrada en vigor de la Ley cuando el farmacéutico autorizado haya cumplido setenta años de edad o fallezca. A esta regulación el Abogado del Estado le atribuye la vulneración de diversos preceptos constitucionales que deben ser examinados separadamente.

a) En lo relativo, en primer lugar, a la vulneración de la competencia del Estado para dictar la normativa básica en materia de «sanidad» (art. 149.1 16 CE), hemos declarado que el art. 4.2 de la Ley 16/1997, como norma básica, «deja a las Comunidades Autónomas, no la libertad de enervar la transmisibilidad de las farmacias, pero sí la de someter la transmisión a requisitos o condiciones que, naturalmente, no podrán ser arbitrarias, ni podrán entrar en pugna con la Constitución», lo cual conduce a afirmar que «las causas de caducidad sólo serían inconstitucionales por contrarias a las bases si supusieran una enervación subrepticia de dicha transmisibilidad, por lo que han de considerarse conformes a la Constitución en la medida en que no impidan la mínima transmisibilidad exigible desde la norma básica» [STC 109/2003, FJ 10 a)].

De acuerdo con este punto de partida, hemos afirmado que la caducidad de la autorización como consecuencia del fallecimiento del farmacéutico no infringe el art. 149.1.16 CE, «dada la naturaleza personal de la autorización ... y el hecho de que no representan un impedimento general a la libre transmisión» [STC 109/2003, FJ 10 a)]. A igual criterio hemos llegado en lo relativo a la caducidad de la autorización como consecuencia de haberse alcanzado la edad de setenta años, «pues el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de interés público ... se conecta con dicho interés y ni impide la posibilidad de transmisión ni puede estimarse arbitraria» [STC 109/2003, FJ 10 b)]. Esta doctrina hay que extenderla al art. 20 de la Ley recurrida, cuyo art. 2 califica a la «atención farmacéutica» como servicio de interés público.

En conclusión, el art. 20 no conculca el art. 149.1.16 CE.

b) El Abogado del Estado aduce también, con un planteamiento excesivamente generalizador, que el art. 20 vulnera las competencias estatales en materia de «legislación mercantil» y «legislación civil» (art. 149.1.6 y 8 CE).

Por una parte la caducidad de una autorización administrativa corresponde al ámbito del Derecho administrativo, y no del civil o mercantil, no teniendo por tanto que ver su regulación con la legislación civil y mercantil. Lo único que tendría que ver con esta legislación es lo referible a los locales, instalaciones y enseres, respecto de los que la propia Ley salva expresamente la aplicabilidad de la legislación civil a aquéllos en los supuestos de caducidad (art. 25.3)

c) El Abogado del Estado considera que los supuestos de caducidad de la autorización administrativa de apertura de las oficinas de farmacia, regulados en el art. 20, vulneran el principio de igualdad (art. 14 CE).

Pues bien, «como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho 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 sólo 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 sólo 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.

Por todo lo cual, de acuerdo con la doctrina antes reproducida, no se produce vulneración del art. 14 CE.

d) En cuanto a la infracción del art. 33 CE, planteada también por el Abogado del Estado, no puede ser admitida.

En relación con el derecho a la propiedad privada, contenido en aquel precepto constitucional, hemos declarado que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, 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 colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir». Más específicamente hemos afirmado que, «por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2).

En este caso, el Abogado del Estado señala que los supuestos de caducidad examinados privan al titular de la oficina de un elemento patrimonial que ha logrado a través de importantes inversiones económicas y de su esfuerzo personal.

Sin embargo, este planteamiento no puede prosperar, puesto que en ninguno de ambos supuestos se produce una privación patrimonial (art. 25.3), sino tan sólo la regulación legal de carácter general sobre los límites de la titularidad del elemento patrimonial referido, límite que consiste en la imposibilidad de mantener la titularidad de la oficina de farmacia en los supuestos de la caducidad. Lo cual, en el caso del óbito, es una consecuencia de éste y no de la caducidad misma. Y en el caso del cumplimiento de la edad de setenta años, ese límite regulador se justifica por el interés público conectado a esta actividad, que la propia Ley recurrida declara en su art. 2.1.

No existe, pues, conculcación del art. 33 CE.

e) En lo relativo a la infracción del derecho al trabajo, regulado en el art. 35 CE, hemos considerado (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3), a partir de la doctrina constitucional sobre este precepto (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, y 83/1984, de 24 de julio, FJ 3), que ni la consideración del fallecimiento ni la de la edad de setenta años, como causas de caducidad, vulneran aquel precepto constitucional, bastando la simple remisión a lo expuesto en dicho fundamento jurídico 3 de la Sentencia precitada para el rechazo de la alegación del Abogado del Estado al respecto.

f) En cuanto a la infracción del art. 36 CE, tampoco se produce, pues hemos afirmado que «de un lado no existe una relación directa entre el art. 36 CE, que consagra el ejercicio de las profesiones tituladas, que son aquéllas que requieren la posesión de un título académico, y el desempeño de la titularidad de una oficina

de farmacia. De otro, que este último desempeño ... permite el establecimiento de controles por los poderes públicos, ante los cuales nada cabe oponer desde la perspectiva de las exigencias del ejercicio de la profesión titulada» (STC 109/2003, FJ 14).

Como, además de lo expuesto, hemos indicado en la misma Sentencia y fundamento jurídico que «caducidad de la autorización y jubilación son dos cuestiones distintas ... porque el farmacéutico cuya autorización haya caducado por cumplimiento de la edad, podrá seguir ejerciendo su profesión libremente incluso colaborando en la dispensación de medicamentos, aunque no como titular de un establecimiento de farmacia ... de modo que no se produce una cesación forzosa en la actividad profesional», de todo ello se deriva que este precepto tampoco vulnera el art. 36 CE.

g) El art. 20 de la Ley recurrida tampoco infringe el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), pues así lo hemos declarado ya, tanto respecto de la caducidad derivada del fallecimiento del farmacéutico como respecto de la que se conecta al cumplimiento de la edad de setenta años.

En efecto, respecto de la caducidad producida como consecuencia del fallecimiento hemos apreciado que no puede implicar vulneración del principio de libertad de empresa, puesto que, de producirse ese evento, «la propia actividad de la empresa farmacéutica se encuentra condicionada de raíz por la imposibilidad de que su titular desempeñe la actividad que viene obligado a prestar» (STC 109/2003, FJ 15). Y otro tanto ocurre con el supuesto de caducidad por alcanzarse la edad de setenta años, puesto que los límites al principio del art. 38 CE que ello conlleva se orientan «a la mejor prestación del servicio en razón a la plenitud de presencia que se exige a un farmacéutico y a la responsabilidad del titular en la garantía del servicio» (STC 109/2003, FJ 15).

h) Por último, en cuanto a la vulneración del art. 149.1.1 CE, también en la STC 109/2003, FJ 17, dijimos que «tomando en consideración, de un lado, que hemos concluido que no existe vulneración de los arts. 35, 36 y 38 CE por parte de aquellos preceptos legales y que, de otro, tampoco se enuncian por parte del Abogado del Estado los preceptos legales concretos de la normativa estatal que contienen la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que se dicen vulnerados, es notorio que este Tribunal carece de canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad que aquella representación procesal le solicita, lo que nos impide apreciar si se ha conculcado el contenido primario de algún derecho o las posiciones jurídicas fundamentales relativas al mismo (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7)» (STC 109/2003, FJ 17).

En conclusión, el art. 20 de la Ley gallega 5/1999 no incurre en ninguno de los vicios de inconstitucionalidad que le atribuye el Abogado del Estado.

6. Procede abordar ahora el examen del art. 4.3 de la Ley de Galicia 5/1999, que dispone lo siguiente:

«Art. 4. *Dispensación de medicamentos.*

3. Las oficinas de farmacia, en las condiciones que previamente se regulen, podrán dispensar a través de correos o servicios de mensajería, propios o ajenos, los medicamentos que, por circunstancias especiales, requieran periódicamente los enfermos crónicos, cuya prescripción esté garantizada por receta médica y exista una dispensación previa en esa oficina de farmacia de ese mismo medicamento.»

Según el Abogado del Estado este precepto, que regula una forma especial de circulación y distribución de los productos farmacéuticos, se incardina en la materia

de «legislación sobre productos farmacéuticos», en la cual, de acuerdo con lo regulado en el art. 149.1.16 CE, le corresponde al Estado la plenitud de la función normativa y a la Comunidad Autónoma de Galicia la competencia de ejecución (art. 33.3 EAG). De este modo, el precepto invade, en su criterio, la aludida competencia estatal. Además, el Abogado del Estado achaca al art. 4.3 la infracción material de lo regulado en el art. 3.4 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento.

Para la representación procesal del Parlamento de Galicia, por el contrario, el art. 4.3 no se encuadra en la materia de «legislación sobre productos farmacéuticos», sino en la de «ordenación farmacéutica». Esta última materia es independiente de la de «productos farmacéuticos», pues en ella culmina el sistema del medicamento al integrar la dispensación de los medicamentos a los destinatarios finales. Este encuadramiento determina que las competencias autonómicas sobre la dispensación de medicamentos no se limiten a la mera ejecución de la legislación del Estado, sino que incluye también potestades normativas. Además la norma impugnada respeta el principio de dispensación previa en la oficina de farmacia mediante la presentación de la receta médica.

El representante procesal del Gobierno de Galicia también insiste en que el art. 4.3, en la medida en que regula la actividad de dispensación realizada por un establecimiento farmacéutico, se incardina en la materia de «ordenación farmacéutica» o de «establecimientos farmacéuticos», diferente de la de «productos farmacéuticos». La competencia autonómica en aquella materia es de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado (art. 28.8 EAG), por lo que la regulación de la misma no corresponde plenamente al Estado, sino tan sólo en lo que constituyan normas básicas en materia de sanidad interior (art. 149.1.16 CE).

7. Dados los términos en los que se plantea la polémica sobre este precepto, la clave de la decisión que debemos adoptar se encuentra en la determinación del encuadramiento competencial del mismo, puesto que las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Galicia no tienen igual alcance si la incardinación se produce en la materia de «legislación sobre productos farmacéuticos», como sostiene el Abogado del Estado, que si se realiza en la de «ordenación farmacéutica» o «establecimientos farmacéuticos», según postulan las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno de Galicia.

Para realizar esta operación de encuadramiento competencial hay que tener en cuenta como criterio de partida, una vez más, nuestra doctrina, según la cual «cuando se ofrezcan por las partes en el proceso constitucional diversas calificaciones sustantivas de las disposiciones o actos en conflicto que pudieran llevar a identificaciones competenciales también distintas, ha de apreciarse, para llegar a una calificación competencial correcta, tanto el sentido o finalidad de los varios títulos competenciales y estatutarios, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido, delimitando así la regla competencial aplicable al caso» (STC 153/1989, de 5 de octubre, FJ 5, con cita de las SSTC 252/1988, de 20 de diciembre, y 13/1989, de 26 de enero). Como complemento de este criterio también tendremos en cuenta que la «inclusión de una competencia genérica debe ceder ante la competencia específica» (STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 4, con referencia a las SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, y 87/1989, de 11 de mayo).

Para el encuadramiento competencial del art. 4.3 antes reproducido, y su calificación a este respecto, se

ha de observar que no puede derivarse de modo necesario que la cuestión que estamos examinando deba incardinarse en la materia «legislación sobre productos farmacéuticos». De un lado, este Tribunal no se encuentra vinculado por los encuadramientos competenciales que realizan las propias normas sometidas a su enjuiciamiento (por todas, STC 144/1985, de 25 de abril, FJ 1), y, de otro, no puede olvidarse que aquella materia de «legislación sobre productos farmacéuticos» se yuxtapone con la de «establecimientos farmacéuticos», y esa concurrencia o yuxtaposición material puede afectar, en concreto, a la dispensación de medicamentos.

Podemos entender que en la dispensación es discernible una doble vertiente: por una parte, la que tiene que ver con el medicamento mismo; y, por otra, la que tiene que ver con la función de la farmacia al dispensar aquél. Cada uno de dichos aspectos o vertientes es susceptible de una regulación diferenciada, respectivamente encuadrable en títulos competenciales asimismo diferentes.

Y así nada cabe oponer a que el régimen jurídico de la dispensación de medicamentos, en todo aquello que resulte necesario para garantizar la seguridad de los tratamientos que se han prescrito, se incardine en la materia relativa a la «legislación sobre productos farmacéuticos», puesto que ello se aviene perfectamente con el sentido que tiene la referencia a esta materia en el número 16 del art. 149.1 CE, junto con las «bases y coordinación general de la sanidad». En efecto, la protección de la salud, encomendada al Estado en su dimensión básica, se encuentra reforzada por la atribución al propio Estado de una competencia más amplia, que se extiende a la plenitud legislativa, en lo relativo a la regulación de los productos farmacéuticos y en su seno a los medicamentos de uso humano, lo que encuentra su justificación en la potencial peligrosidad de estos productos.

Sin embargo esta constatación no puede hacer olvidar que los Estatutos de Autonomía han reconocido a las Comunidades Autónomas, como es el caso de Galicia, competencias en materia de establecimientos farmacéuticos y que esa competencia no puede resultar enervada por la indebida expansión de aquella competencia estatal.

Partiendo de esta premisa y del propio criterio, contenido en el art. 88.1 d) de la Ley del medicamento (no amparado en el título competencial de legislación de productos farmacéuticos, sino en el de bases de sanidad -art. 2.2), de la obligación de dispensación de los medicamentos por las oficinas de farmacia, podemos entender que las Comunidades Autónomas competentes pueden también regular en relación con la dispensación de medicamentos aspectos que tengan propiamente que ver con la función de las farmacias al dispensarlos, siempre que la regulación correspondiente se oriente al establecimiento de reglas o criterios que atiendan al ejercicio ordinario de esta actividad de los establecimientos de farmacia, sea de índole técnica o meramente de entrega material, y no ponga en cuestión los principios relativos a garantizar la seguridad de las prescripciones médicas y, con ello, la salud de los pacientes. Así entendida, la confluencia de ambas materias es posible, quedando garantizadas las respectivas atribuciones competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas, según determina el orden constitucional de competencias.

Examinando el art. 4.3 de la Ley recurrida de acuerdo con este planteamiento, se advierte que el precepto permite dispensar a los enfermos crónicos medicamentos «que, por circunstancias especiales, requieran periódicamente» a través de servicio de correos o de mensajería, propios o ajenos, «en las condiciones que previamente se regulen» siempre que se cumplan dos condiciones:

que la prescripción esté garantizada por receta médica y exista una dispensación previa al propio paciente por la oficina de farmacia de ese mismo medicamento.

Puede entenderse que esta regulación no se introduce en la vertiente relativa a las garantías de la dispensación del medicamento, sino que tiene que ver con la segunda de las vertientes antes aludida, la concierne a la actividad de la farmacia para la dispensación del medicamento.

En cuanto a la primera de las vertientes esta regulación no supone para el paciente quiebra del sistema de garantías que entraña la dispensación de medicamentos reservada al Estado por el art. 149.1.16 CE. En efecto, el art. 31, apartado 1, de la Ley del medicamento dispone que, «como norma general, los medicamentos sólo serán dispensados con receta», correspondiendo al Ministerio de Sanidad y Consumo establecer los requisitos mínimos, características y plazo de validez de aquella. De otro lado, el apartado 2 del mismo precepto también atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo el establecimiento de requisitos especiales para «tratamientos peculiares».

Si, como antes señalábamos, aquellas medidas del ámbito de la dispensación de medicamentos que se encauzan a la garantía de la protección de la salud de los ciudadanos han de inscribirse en la materia de «legislación sobre productos farmacéuticos» (art. 149.1.16 CE), es obvio que, en tal sentido, la necesidad de que los medicamentos se expidan con receta constituye el núcleo de tal garantía, conforme establece, según hemos visto, el art. 31 de la Ley del medicamento.

Sobre la base de lo expuesto no encontramos dificultad para apreciar que el art. 4.3 de la Ley gallega pueda inscribirse en la competencia autonómica sobre «establecimientos farmacéuticos» y, así, no vulnera la competencia estatal de «legislación sobre productos farmacéuticos», pues la posibilidad de dispensar medicamentos a los enfermos de larga duración mediante el servicio de correos o de mensajería forma parte de la actividad ordinaria de las oficinas de farmacia, que no tiene por qué quebrantar el núcleo de la garantía de la salud de estos pacientes siempre que entendamos que dicha dispensación debe respetar las prescripciones que en pro de tal garantía haya establecido el Estado, al supeditar la dispensación del medicamento a su cobertura con la correspondiente receta, y ello con todo el rigor que al respecto se establezca en la regulación por la legislación estatal de tal requisito.

Por otra parte el propio art. 4.3 prevé el establecimiento de condiciones que aseguren que la remisión de medicamentos a los enfermos crónicos a que se refiere, a través de los aludidos servicios de correo o mensajería, no perturbe o enerve el ámbito garantista que debe quedar asegurado en toda dispensación mediante la relación directa entre el farmacéutico y el paciente. Esta relación directa, que sin las adecuadas cautelas podría quedar en entredicho por la norma gallega, queda salvada por ella misma, al establecer que la modalidad de dispensación que se discute irá acompañada de «las condiciones que previamente se regulen», inciso éste que permite entender que la garantía de la salud del enfermo crónico no experimentará merma alguna.

En conclusión, el art. 4.3, interpretado a partir de la doble cautela que hemos planteado, no vulnera las competencias estatales en materia de «legislación sobre productos farmacéuticos» (art. 149.1.16 CE).

La alegación complementaria del Abogado del Estado de que el art. 4.3 de la Ley autonómica impugnada es contrario al art. 3.4 de la Ley del medicamento, estatal, debe rechazarse, pues no puede considerarse que una dispensación del medicamento efectuada por una farmacia y cubierta por la correspondiente receta médica,

aunque la entrega del medicamento así dispensado se efectúe por el servicio de correos o por mensajero, sea equiparable a la venta a domicilio o cualquier tipo de venta indirecta al público, prohibidas en el precepto de la Ley estatal.

Entre el hecho jurídico de la venta, que es lo que en determinadas modalidades de ésta prohíbe la Ley referida, y la entrega del producto dispensado en una oficina de farmacia, existe una clara diferencia conceptual que impide que las prohibiciones atinentes a la primera puedan extenderse sin más a la segunda.

8. Por último, se impugnan el art. 45 b), en su conexión con el art. 46. Dichos preceptos disponen lo siguiente:

«Art. 45. *Unidades de radiofarmacia.*

b) Unidades de radiofarmacia de tipo II. Son aquellas que teniendo o no actividad asistencial pueden estar instaladas en locales independientes de los servicios o centros asistenciales y realizar todas las operaciones de producción y preparación de radiofármacos previstas en su regulación específica, incluida la producción de radiofármacos a partir de equipos reactivos de producción propia o cualquier otro radiofármaco y su suministro a otros servicios o centros de radiofarmacia o de medicina nuclear. Asimismo, podrán efectuar funciones de investigación y docencia relacionadas con la radiofarmacia y de asesoramiento sobre procedimientos técnicos y de calidad a las unidades de tipo I.

Art. 46. *Autorización.*

La autorización para la apertura, acreditación y cierre de las unidades de radiofarmacia corresponde a la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales, que establecerá reglamentariamente los procedimientos oportunos, pudiendo establecer, asimismo, los controles de calidad e inspecciones que considere necesarios. Todo ello sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros organismos según la normativa vigente.»

Para el Abogado del Estado ambos preceptos vulneran la competencia estatal en materia de «legislación sobre productos farmacéuticos» (art. 149.1.16 CE), ya que los radiofármacos tienen la condición de medicamentos especiales y se inscriben en dicha materia.

Complementariamente, señala que el art. 46 de la Ley recurrida es contrario al art. 52.1 de la Ley del medicamento, pues aquel precepto atribuye a la Comunidad Autónoma la autorización de las unidades de radiofarmacia, mientras que, según este último, la fabricación de radiofármacos ha de ser autorizada por el Ministerio de Sanidad y Consumo, competencia justificada por la afectación de dichas unidades a la «seguridad industrial» y a la «seguridad nuclear», de titularidad del Estado.

El representante del Parlamento de Galicia discrepa del encuadramiento realizado por el Abogado del Estado y manifiesta que ambos preceptos se incardinan en la materia de «ordenación farmacéutica», por lo que la Comunidad Autónoma tiene competencia para regular la producción de radiofármacos. Dicha regulación se realiza en el marco del art. 52 de la Ley del medicamento, que no impide la competencia autonómica sobre la apertura, acreditación y cierre de las unidades de farmacia en cuanto establecimientos farmacéuticos.

La representación procesal del Gobierno de Galicia también sostiene que los arts. 45 b) y 46 se incardinan en la materia de «establecimientos farmacéuticos» (art. 28.8 EAG) y no vulneran las competencias estatales, porque el art. 52 de la Ley del medicamento sólo reserva

al Ministerio de Sanidad y consumo la autorización previa de la fabricación industrial y la autorización y registro de los generadores, equipos reactivos, precursores y fármacos, pero no hace lo mismo respecto de su preparación extemporánea.

De ello se desprende que cualquier otra competencia normativa o ejecutiva distinta a las aludidas corresponde a la Comunidad de Galicia, sobre todo porque la preparación extemporánea de radiofármacos está exenta de autorización (art. 52.2 de la Ley del medicamento). Así pues, estos radiofármacos son elaborados por establecimientos farmacéuticos, las unidades de radiofarmacia, las cuales pueden ser sometidas a autorización por la Comunidad Autónoma. Por todo ello, concluye que estos preceptos no infringen las competencias del Estado.

9. Una vez expuestas las diferentes posiciones de las partes, procede, en primer lugar, que alcancemos un criterio sobre la materia en la que se incardinan los arts. 45 b) y 46.

Ya hemos visto en el fundamento jurídico séptimo que la Ley del medicamento ha realizado una regulación completa del régimen jurídico de los «productos farmacéuticos», en concordancia con la competencia prevista en el art. 149.1.16 CE, regulación que puede extenderse incluso al ámbito reglamentario, pues la expresión «legislación» debe entenderse en sentido material.

De otro lado, la Ley del medicamento configura a los radiofármacos como «medicamentos especiales», al incluirlos en la sección sexta del capítulo cuarto de su título tercero. La Ley recurrida participa de igual criterio al calificarlos como medicamentos (art. 44, primer párrafo).

Sentado todo lo anterior, no cabe duda que la regulación de la producción o fabricación de radiofármacos constituye un aspecto sustancial del régimen jurídico de los medicamentos, por lo que ha de ser incardinada en la materia de «legislación sobre productos farmacéuticos». La Ley del medicamento incluye en su ámbito de aplicación la fabricación y elaboración de medicamentos y, específicamente, regula en su art. 52 la fabricación de radiofármacos. Ambos preceptos reciben la calificación apuntada, que debemos confirmar, por cuanto ya dijimos en el anterior fundamento jurídico séptimo.

Alcanzado el criterio de que el régimen de la producción de los radiofármacos, tanto en su preparación industrial como extemporánea se incardina en la materia de «legislación sobre productos farmacéuticos», debemos examinar el contenido del art. 45 b) de la Ley recurrida, que regula las unidades de radiofarmacia de tipo II.

Para enmarcar el precepto en su contexto, es conveniente empezar con una referencia al art. 44, segundo párrafo, de la Ley gallega 5/1999, en el que se prevé que «la preparación extemporánea de radiofármacos se realizará en unidades de radiofarmacia». Nos encontramos, pues, con unos establecimientos, las unidades de radiofarmacia, sobre las que la Comunidad Autónoma puede ejercer sus competencias en materia sanitaria y de establecimientos farmacéuticos (arts. 28.8 y 33 EAG), pero siempre que, al hacerlo, no incida directamente sobre las competencias estatales relativas a los radiofármacos.

En este caso la incidencia de la regulación autonómica sobre las competencias estatales en materia de «legislación sobre productos farmacéuticos», efectivamente, se produce, pues, al regular estas unidades, lo que se hace es inmiscuirse en aspectos relacionados con la producción de los radiofármacos. Las unidades de radiofarmacia de tipo II están habilitadas para efectuar, según el tenor literal del precepto, «todas las operaciones de producción y preparación de radiofármacos» e, incluso,

para la realización de otras funciones igualmente atinentes a aspectos relevantes del régimen jurídico de estos medicamentos (actividad suministradora a otros servicios, actividades investigadoras, etc.). Resulta así que lo que se hace en el precepto al definir las unidades de radiofarmacia es atribuir a éstas la realización de las actividades de producción y preparación de radiofármacos, introduciéndose así el precepto cuestionado en la regulación de esa producción.

Pues bien, la regulación del régimen de producción de los medicamentos constituye un aspecto central de la «legislación sobre productos farmacéuticos», por la especial incidencia que dicho régimen tiene en la salud de todos los ciudadanos como potenciales consumidores de medicamentos. Esta incardinación competencial se refuerza, aún más si cabe, para el caso de los radiofármacos, en razón a sus componentes radioactivos y a la tipología de los pacientes a que están destinados, razón por la que el art. 53 de la Ley del medicamento, precisamente en salvaguarda de la seguridad nuclear, a que alude el Abogado del Estado, más que como título autónomo de encuadramiento, como refuerzo del título que propiamente esgrime, disponga que «los preceptos de esta Ley no afectarán a las medidas legales sobre protección contra las radiaciones de las personas sometidas a exámenes o tratamientos médicos o para la protección de la salud pública y de los trabajadores».

Al mismo criterio se llega valorando el alcance de la competencia de las Comunidades Autónomas sobre «establecimientos farmacéuticos», en cuanto que la misma no permite integrar en su seno la actividad productiva de medicamentos, salvo los márgenes que, en relación con las fórmulas magistrales u otros supuestos le permita la legislación estatal (arts. 35 y 36 de la Ley del medicamento), lo cual en modo alguno se extiende a la cuestión aquí debatida.

Por tanto, considerando que la Comunidad Autónoma carece de competencias para regular todos estos extremos, el art. 45 b) debe ser declarado inconstitucional y nulo.

10. El art. 46, como hemos visto, atribuye a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma la competencia para autorizar la apertura, acreditación y cierre de las unidades de radiofarmacia.

El Abogado del Estado aduce que dicho precepto se incardina en la misma materia de «legislación sobre productos farmacéuticos» y contraviene, además, lo regulado en el art. 52.2 de la Ley del medicamento, que atribuye al Ministerio de Sanidad y consumo la función autorizatoria.

Este planteamiento no se compadece ni con la previsión del propio art. 52.2 de la Ley del medicamento ni con el desarrollo reglamentario realizado a través del Real Decreto 479/1993, de 2 de abril, por el que se regulan los medicamentos radiofármacos de uso humano, que no prevén que las unidades de radiofarmacia deban ser autorizadas por órganos estatales para entrar en funcionamiento.

En todo caso, este artículo tan solo se refiere al ejercicio por la Comunidad Autónoma de funciones de carácter ejecutivo o aplicativo, y ello «sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros organismos según la normativa vigente». Si a ello se une que el art. 44 de la misma Ley recurrida dispone que «los radiofármacos de uso humano, en su calidad de medicamentos, se ajustarán a la normativa que los regule», se concluye que estamos en un supuesto en el cual nada impide que la Comunidad de Galicia, al amparo de sus competencias en materia sanitaria y sobre establecimientos

farmacéuticos (arts. 28.8 y 33 EAG), otorgue la autorización que nos ocupa, que es pura competencia de ejecución.

En conclusión, el art. 46 no invade las competencias del Estado.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno frente a la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica y, en consecuencia, declarar que son inconstitucionales y nulos los arts. 23.1 y 45 b) de dicha Ley.

2.º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad de todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecisiete de julio de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3537/99, al que se adhieren los Magistrados don Pablo Cachón Villar y don Javier Delgado Barrio*

1. Aunque como Ponente he expresado con la máxima fidelidad el parecer del Pleno, y con proclamado respeto al mismo, ejercitando la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, considero conveniente expresar mi personal criterio parcialmente discrepante en lo referente a la impugnación del art. 4.3 de la Ley recurrida, que, a mi juicio, debiera haberse declarado inconstitucional, por invadirse con él la materia competencial de la «legislación sobre productos farmacéuticos», de exclusiva y plenaria competencia estatal.

2. Creo que la Sentencia se ha dejado llevar por la apabullante intuición del buen sentido del precepto recurrido, y sobre todo en una Comunidad Autónoma, como la de Galicia, cuyas características geográficas de disgregación de los núcleos de población, justifica prima facie la razón de ser de la norma que nos ocupa. Pero estimo que no es esa la óptica adecuada en un tema competencial como el suscitado, sino la de si el precepto cuestionado puede situarse, o no, en un ámbito material atribuido a la competencia de la Comunidad Autónoma que lo ha dictado.

En tal sentido creo que el encuadramiento del precepto en el ámbito material de la ordenación de «establecimientos farmacéuticos» no resulta acertada, y que, según he adelantado, el encuadramiento más idóneo, con arreglo a los criterios generales que se exponen en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia, debe ser el de «legislación sobre productos farmacéuticos», con la consecuencia derivada de que la Comunidad Autónoma de Galicia carece de competencia para dictar dicha norma.

3. A la vista de los aludidos criterios generales debemos tomar en consideración, de un lado, el objeto y finalidad del precepto recurrido y, de otro, la propia legislación en la materia, vigente o derogada, pues el examen de dicha legislación ha sido empleado con frecuencia como elemento interpretativo, junto con otros, en la operación de encuadramiento competencial (SSTC 56/1989, FFJJ 1 y 2, y 9/2001, FJ 9, entre otras).

En cuanto al objeto del precepto impugnado, el mismo regula una excepción al sistema general de dispensación de medicamentos prevista en el art. 4.1 de la propia Ley 5/1999, el cual dispone que aquélla debe realizarse, exclusivamente, en alguno de los establecimientos relacionados en el art. 3 (oficinas de farmacia, botiquines, servicios de farmacia de atención primaria de los hospitales, etc). El art. 4.3 permite, por excepción, que la dispensación se realice por las oficinas de farmacia, pero no en el propio establecimiento, sino por correo o servicios de mensajería cuando se trate de enfermos crónicos y se garantice la presentación de la receta médica y una previa dispensación en el establecimiento.

Es obvio, pues, que nos encontramos ante una regulación específica de dispensación de medicamentos a determinados enfermos.

Examinando la legislación estatal sobre la dispensación de medicamentos, nos encontramos con el hecho de que la Ley 14/1986, general de sanidad, dedica su título V a los «productos farmacéuticos». Este título, calificado como «norma básica en el sentido previsto en el art. 149.1.16 de la Constitución» (art. 2), contiene normas de distinto alcance y naturaleza sobre los productos farmacéuticos, en general, y sobre los medicamentos, en particular. Entre dichas normas no se contempla la dispensación de medicamentos, si bien la disposición adicional cuarta de la propia Ley de sanidad ordena que «la distribución y dispensación de medicamentos y productos zoonosanitarios se regulará por su legislación correspondiente».

Complementariamente se aprecia que la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, regula, según su art. 1, «la fabricación, elaboración, control de calidad, circulación, distribución, régimen de precios, comercialización, información, publicidad, importación, exportación, almacenamiento, prescripción, dispensación, evaluación, autorización y registro de los medicamentos de uso humano», entre otros aspectos. Es decir, dicha Ley regula el régimen jurídico completo de los medicamentos dirigidos al uso humano, incluyendo en el mismo lo relativo a la dispensación de aquéllos. En este sentido la mayor parte de este régimen jurídico se califica por el art. 2 de dicha Ley como «legislación sobre productos farmacéuticos», calificación que se predica específicamente de los arts. 3 y 31, relativos a la dispensación de medicamentos.

La lectura del citado art. 1 pone de manifiesto que el objeto de la regulación de la Ley no son sólo los medicamentos, como sustancias o cosas objetivamente consideradas, sino una serie de actividades relacionadas con ellos, entre las que existen algunas que difícilmente pueden relacionarse de modo inmediato y directo con la garantía sanitaria del productor en sí. Atiéndase al respecto a la «circulación, distribución, régimen de precios, comercialización, información y publicidad, importación, exportación ... almacenamiento».

Si se contraponen con el conjunto de esas actividades las de «prescripción y dispensación», parece claro que la relación entre la actividad y el medicamento que les sirve de objeto en relación con la garantía de la sanidad o de la peligrosidad es mucho más intensa que en el caso de las otras actividades. Sobre esa base, si la comer-

cialización de los medicamentos, por ejemplo, corresponde a la materia competencial de la legislación del medicamento, resulta difícilmente explicable que la dispensación, que está más directamente vinculada con el medicamento y con su dimensión sanitaria, no deba estar incluida, en tanto que tal actividad en la misma legislación del medicamento. Si ello es así, distinguir en la «dispensación» entre «una vertiente que tiene que ver con el medicamento mismo, y ... otra ... que tiene que ver con la función de la farmacia al dispensar aquél» (que es idea clave en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia para derivar el encuadramiento del precepto al ámbito material de la ordenación de establecimientos sanitarios -art. 28.8 del Estatuto de Galicia) parece muy escasamente riguroso, pues esa «función de la farmacia al dispensar» el medicamento, no es sino una de las actividades, probablemente de las más caracterizadas, relacionadas con el medicamento, y por ello incluida en la legislación sobre el mismo.

Téngase en cuenta que no es sólo el medicamento, en tanto que sustancia inmediatamente referible a la salud, sino las actividades relacionadas con aquél, las que son objeto de la regulación de la legislación sobre productos farmacéuticos, de ahí que no resulte adecuado el distingo antes reproducido. Que las actividades, y no sólo los medicamentos, son objeto de la legislación a ellos atinente, se evidencia con claridad con la sola lectura del art. 1 de la Ley del medicamento. Pero es que además, y por si alguna duda pudiera quedar al respecto, lo aclara definitivamente la exposición de motivos de la Ley, en la que, al enunciar el contenido de ésta, y al explicar el del art. 1, se refiere por una parte a los medicamentos mismos y a productos en cierto modo afines por la finalidad a que se destinan, y por otra a las actuaciones de personas relacionadas con ellos. Sobre el particular se dice:

«De otra parte, este artículo 1 completa el ámbito de aplicación de la Ley señalando que es también objeto de regulación pro la misma la actuación de todas aquellas personas que participan de la circulación de estos productos, ya que la regulación jurídica de los medicamentos no puede entenderse sin la correlativa regulación de aquellas personas físicas o jurídicas que intervienen en una parte importante del proceso, en virtud del cual los medicamentos producen su eficacia.»

En ese marco normativo no puede afirmarse, sin colisionar directamente con la Ley, que la «función de la farmacia al dispensar» el medicamento es algo distinguible de la «dispensación», y por ello situable al margen de la legislación de productos farmacéuticos. Una afirmación tal abre el riesgo de introducir un factor de cuestionamiento de la Ley estatal, al recoger en ella, como materias propias de la legislación de productos farmacéuticos, «la actuación de personas que participan de la circulación de estos productos». Y no es lógico que, para salvar la constitucionalidad de un precepto de la Ley autonómica, proclamemos una doctrina susceptible de dar lugar a un eventual cuestionamiento de la constitucionalidad de la Ley estatal. Creo que el Pleno ha optado por una alternativa de encuadramiento que no resulta correcta, prescindiendo de factores que debieran haberse tenido más en cuenta.

4. El hecho de que la legislación estatal vigente incardine la dispensación de medicamentos en general y, en especial, en las farmacias, como «legislación sobre productos farmacéuticos» (art. 2.2 de la Ley 25/1990, en relación con el art. 149.1.16 CE) creo que debiera

haber sido la pauta más recomendable para decidir el conflicto competencial que está en la base del recurso.

Aunque este Tribunal no se encuentra vinculado con los encuadramientos competenciales contenidos en las normas sometidas a su enjuiciamiento (por todas, STC 144/1985, de 25 de abril, FJ 1), lo cierto es que, en este caso, el encuadramiento de la dispensación de los medicamentos en la materia de «legislación sobre productos farmacéuticos» debe ser confirmada. La inclusión prácticamente completa, en los términos del art. 1 de la Ley del medicamento, del régimen jurídico de los medicamentos de uso humano en la materia citada, se justifica, porque tal regulación se dirige a la protección de la salud, pues se trata, como indica la exposición de motivos de aquella Ley, de impulsar el «progreso de la atención a la salud, proporcionando un apoyo institucional firme a un decidido empeño por aprovechar los beneficios y reducir los riesgos que los medicamentos son susceptibles de proporcionar». Cobra sentido, así, el criterio legal, consagrado en la propia exposición de motivos, antes recordado, de que sea objeto de regulación «la actuación de todas aquellas personas que participan en la circulación de estos productos, ya que la regulación jurídica de los medicamentos no puede entenderse sin la correlativa regulación de aquellas personas físicas o jurídicas que intervienen en una parte importante del proceso, en virtud del cual los medicamentos producen su eficacia».

La inclusión del régimen jurídico completo de los medicamentos en el ámbito material de la «legislación sobre productos farmacéuticos» se aviene perfectamente con el sentido que tiene la referencia a esta materia en el número 16 del art. 149.1 CE, junto con las «bases y coordinación general de la sanidad». En efecto, la protección de la salud, encomendada al Estado en su dimensión básica, se encuentra reforzada por la atribución al propio Estado de una competencia más amplia, que se extiende a la plenitud legislativa, en lo relativo a la regulación de los productos farmacéuticos y en su seno a los medicamentos de uso humano, lo que encuentra su justificación en la potencial peligrosidad de estos productos.

En conclusión, aunque las oficinas de farmacia realicen la dispensación de medicamentos, junto con otros establecimientos (art. 88.1 y 3 y 91 de la Ley del medicamento), la regulación de la dispensación, por cuanto se ha dicho, se inscribe en el ámbito material de la «legislación sobre productos farmacéuticos», y no en el de la «ordenación farmacéutica» o «establecimientos farmacéuticos» (art. 28.8 EAG), en razón a su mayor conexión específica con aquélla y con la finalidad a que se ordena.

De todo lo expuesto se deriva que el art. 4.3 es, a mi parecer, inconstitucional y nulo, pues su carácter de legislación sobre productos farmacéuticos, según lo expuesto, me resulta incuestionable; y a partir de esta caracterización me resulta indudable el exceso de la competencia reconocida a la Comunidad de Galicia en la materia que le es propia (arts. 149.1.16 CE y 28.8 EAG), al ser la competencia sobre tal legislación de titularidad exclusiva y plenaria del Estado. El exceso competencial en que se incurre hace innecesaria la apreciación acerca de si dicho precepto contraviene o no el art. 3.4 de la Ley del medicamento, como sostiene el Abogado del Estado en argumentación subsidiaria.

En tal sentido emito mi Voto.

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil tres.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Pablo Cachón Villar.—Javier Delgado Barrio.—Firmado y rubricado.

**16127** Sala Segunda. Sentencia 153/2003, de 17 de julio de 2003. Recurso de amparo electoral 4427/2003. Promovido por la candidatura Independientes de Pontedevea respecto a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia sobre proclamación de concejales electos en el Ayuntamiento de Pontedevea. Vulneración del derecho a acceder a los cargos representativos: voto por correo en elecciones locales de residentes ausentes que residen en el extranjero, mediante papeletas con alteraciones.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo electoral núm. 4427-2003, promovido por la candidatura Independientes de Pontedevea, representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 27 de junio de 2003, que desestimó el recurso contencioso-electoral núm. 5-2003, interpuesto contra Acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Ourense de 9 de junio de 2003, sobre proclamación de concejales electos en el Ayuntamiento de Pontedevea. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y han comparecido don José González Marquina, representado por el Procurador de los Tribunales don Saturnino Estévez Rodríguez y asistido del Letrado don Ángel Calvo Sobrino, y el Partido Popular en la provincia de Ourense, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ana María Espinosa Troyano y asistido del Letrado don Ramón Pérez Novoa. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de guardia el 3 de julio de 2003 (con entrada en este Tribunal al día siguiente), el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, actuando en representación de Independientes de Pontedevea, interpuso recurso de amparo contra la resolución mencionada en el encabezamiento.

2. Los hechos que fundamentan la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Según el escrutinio general realizado por la Junta Electoral de Zona de Ourense el 28 de mayo de 2003 los resultados de las elecciones municipales celebradas en el municipio de Pontedevea (Orense) arrojaron un total de 512 votos emitidos, con tres votos en blanco y ninguno nulo, y la siguiente distribución:

Candidaturas	Votos obtenidos	Concejales
Partido Popular .....	228	4
PSG-PSOE .....	163	2
Independientes de Pontedevea .....	114	1
BNGa .....	4	0