

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

D. IGNACIO ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, mayor de edad, con DNI 02.193.626-R, domiciliado a efecto de notificaciones en Carrera de San Jerónimo, 40, Madrid, Diputado del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, comisionado por los Excmos. Sres. Diputados que a continuación se relacionan:

D. Eduardo Zaplana Hernández-Soro, D. Jorge Fernández Díaz, D. José Joaquín Martínez Sieso, D^a Ana Torment Pardo, D. Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, D^a Alicia Castro Masaveu, D. Amador Álvarez Álvarez, D. Miguel Arias Cañete, D. Gustavo de Arístegui y San Román, D. Elías Arribas Aragonés, D^a Marisa Arrúe Bergareche, D. Alejandro Francisco Ballester de Diego, D. Miguel Ángel Barrachina Ros, D. José Luis Bermejo Fernández, D. José Antonio Bermúdez de Castro Fernández, D. Tomás Burgos Gallego, D^a Susana Camarero Benítez, D^a María Amelia Caracuel del Olmo, D. Fernando Vicente Castelló Boronat, D. Celso Luis Delgado Arce, D. José Ignacio Echániz Salgado, D. Gabriel Elorriaga Pisarik, D. Héctor Esteve Ferrer, D^a Blanca Fernández-Capel Baños, D. Arsenio Miguel Fernández de Mesa y Díaz del Río, D. José Folgado Blanco, D. Joaquín María García Díez, D. Alberto Garre López, D. Javier Gómez Darmendrail, D. Francisco Antonio González Pérez, D. Juan Carlos Guerra Zunzunegui, D. Antonio Gutiérrez Molina, D. Rafael Antonio Hernando Fraile, D^a María Teresa de Lara Carbó, D. José María Lassalle Ruiz, D. Teófilo de Luis Rodríguez, D. José Madero Jarabo, D^a Ana M^a Madrazo Díaz, D. Jesús Andrés Mancha Cadena, D. Carlos Mantilla Rodríguez, D. Guillermo Mariscal Anaya, D. Luis Marquínez Marquínez, D^a M^a Carmen Matador de Matos, D. Juan José Matarí Saez, D. Jesús Merino Delgado, D. Rafael Merino López, D. Mario Mingo Zapatero, D^a Sandra Moneo Díez, D^a Macarena Montesinos de Miguel, D. Ramón Antonio Moreno Bustos, D. Francisco Vicente Murcia

Barceló, D^a María Dolores Nadal I Aymerich, D. Eugenio Nasarre Goicoechea, D^a María Asunción Oltra Torres, D. José Domingo Cipriano Orebro Rodríguez, D. Pío Pérez Laserna, D. Ángel Pintado Barbanoj, D^a María del Carmen Quintanilla Barba, D. Cándido Francisco Reguera Díaz, D. Francisco Ricomá de Castellarnau, D^a Beatriz Rodríguez-Salmones Cabeza, D. Carlos Salvador Armendáriz, D^a María Jesús Celinda Sánchez García, D. Aurelio Antonio Sánchez Ramos, D. Juan María Santaella Porras, D^a Enriqueta Seller Roca de Togores, D. Roberto Soravilla Fernández, D. Federico Javier Souvirón García, D. Baudilio Tome Muguruza, D. Francisco Utrera Mora, D. Francisco Vañó Ferre, y, D^a Ana Belén Vázquez Blanco.

Todos ellos del Grupo Parlamentario Popular, cuya representación se acredita mediante las escrituras públicas de poder otorgadas ante el Notario de Madrid, D. Juan Romero Girón, en fecha de 16 de junio de 2004, y cuya representación específica en relación con el presente recurso se acredita mediante acuerdo previo de fecha 8 de enero de 2008, adoptado por los Diputados recurrentes

Ante el Tribunal Constitucional comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que, mediante el presente escrito, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 162 de la Constitución y los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en la representación que ostento vengo a interponer **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía.

El recurso se basa en los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURIDICO-PROCESALES

1. Competencia

Corresponde al Tribunal Constitucional el conocimiento del recurso interpuesto contra la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, de acuerdo con el artículo 161.1.a) de la Constitución Española en relación con los artículos 2.1.a) y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2. Legitimación

Los recurrentes están legitimados para interponer el presente recurso a tenor de lo establecido en el artículo 162.1.a) de la Constitución Española y el artículo 32.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3. Representación y postulación

Los recurrentes actúan representados por Comisionado nombrado al efecto en la forma prevista en el artículo 82.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4. Objeto del recurso

Se impugnan en el presente recurso de inconstitucionalidad los artículos 13, 33.2, 40.1.a), 41.1.c), 47.1 y 47.3 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía.

5. Plazo de interposición

El recurso se interpone dentro del plazo de tres meses contados a partir de la publicación de la Ley en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 28 de diciembre de 2007, cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

6. Reclamación del expediente

Al disponer el artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que el Tribunal podrá recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración Pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a las disposiciones que originan el proceso constitucional, los recurrentes solicitan que por este Alto Tribunal se recabe de la Junta de Andalucía y del Parlamento de Andalucía el expediente de elaboración de la Ley recurrida, incluyendo los Diarios de Sesiones en los que constan los debates parlamentarios sobre la misma, a efectos de formar un mejor juicio y disponer de información completa sobre dicha norma y, poder, en su caso, completar las alegaciones en el trámite procesal correspondiente.

II. FUNDAMENTOS JURIDICO-MATERIALES: MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Primero. Inconstitucionalidad de los arts. 33.2; 41.1,c), párrafo 2º; y art. 47.3 de la Ley de Farmacia de Andalucía, por infringir el régimen uniforme establecido por el legislador estatal en los procedimientos de autorización de apertura de la oficina de farmacia y de autorización de su transmisión, aplicando principios rectores derogados, así como por infringir el art. 38 de la Constitución Española, en relación con los arts. 89 y 103. 2 y 4, de la Ley General de Sanidad.

Con carácter previo, aclaramos que, a efectos de la adecuada exposición del recurso, el examen de la legalidad constitucional de los distintos preceptos de la Ley de Andalucía no se hará por su orden correlativo, sino agrupados en materias o sectores de la ordenación.

A continuación, examinamos aquellos artículos de la Ley de Farmacia de Andalucía que regulan la apertura de nuevas oficinas de farmacia y la transmisión de las existentes; materia sobre la que el Tribunal Constitucional ha sentado ya doctrina constitucional en su Sentencia 109/2003, de 5 de junio, dictada con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad acumulados planteados por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, y la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico; y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Ley del Estado 16/1997, de 25 de abril, de

regulación de los servicios de las oficinas de farmacia, y en su Sentencia 152/2003, de 17 de julio, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad 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.

A) La Ley del Estado 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia, al fijar, en su art. 3, el régimen de las autorizaciones administrativas para la apertura de nuevas farmacias, atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia en *"la tramitación y resolución de los expedientes de autorización de apertura de las oficinas de farmacia"* (3.1), pero, al mismo tiempo, le impone unos criterios concretos: *"La autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará **con arreglo a los principios de publicidad y transparencia**, previo el procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas, en el que se podrán prever la exigencia de fianzas o garantías que -sin perjuicio del respeto a la seguridad jurídica y la correcta tramitación de los procedimientos- aseguran un adecuado desarrollo, en tiempo y forma, de las actuaciones."* (Art. 3.2).

La citada Ley estatal 16/1997 supone una radical modificación del régimen previsto en el, por ella derogado, Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población, cuyo art. 2.3 sometía la autorización de apertura de nuevas oficinas de farmacia a los criterios de *concurrentia competitiva, mérito y capacidad*; criterios que, con dicha derogación, han perdido su carácter de básicos y que, además, han sido expresamente sustituidos por los citados de *"publicidad y transparencia"*

como los únicos a tener en cuenta, y ello como una forma de facilitar *"la simplificación y ordenación de los expedientes de autorización de apertura"*, según se expone en la Exposición de Motivos de dicha Ley. Es más, el citado art. 3.2 sólo permite a las Comunidades Autónomas *"la exigencia de fianzas o garantías"* como única forma de asegurar *"un adecuado desarrollo, en tiempo y forma, de las actuaciones"*.

A esa modificación de los "criterios rectores" alude el Tribunal Constitucional en su *Sentencia 109/2003, de 5 de junio*, siendo la declaración formulada al respecto perfectamente aplicable al supuesto objeto de este recurso, pese a haberse formulado con ocasión del rechazo a la imputación de inconstitucionalidad que el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha hacía al art. 4 de la Ley estatal 16/1997, en el recurso de inconstitucionalidad resuelto por aquélla. Dicha Sentencia, después de proclamar que *"libertad de empresa y propiedad privada, de un lado, e interés público y planificación pública, de otro, son los ejes sobre los que ha de estructurarse, por tanto, el sector farmacéutico"* (fundamento 7) y de declarar, asimismo, el carácter básico de los artículos 89 (reconocimiento del *"principio de libertad de empresa en el sector sanitario"*) y 103.2 y 4 (la farmacia como *establecimiento sanitario*, y la exclusividad del Farmacéutico para ser *propietario y titular de la oficina de farmacia*) de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, y del art. 4 de la tan citada Ley estatal 16/1997 (fundamento 8), rechaza rotundamente el planteamiento de dicho Consejo de Gobierno sobre la aplicación y subsistencia de los citados principios de *concurrentia competitiva, mérito y capacidad* y, al mismo tiempo, declara la validez del principio de *libertad de*

empresa y la existencia de una regulación uniforme para todo el territorio nacional en relación a las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia. La Sentencia 109/2003 comienza exponiendo el planteamiento de dicho Consejo de Gobierno (fundamento 8):

"La argumentación de la representación procesal de la Comunidad Autónoma en este punto se centra en que el otorgamiento de la autorización administrativa de apertura de las oficinas de farmacia debe realizarse de acuerdo con los principios de concurrencia competitiva, transparencia, mérito y capacidad, pues así se establece en el art. 2.3 del Real Decreto-ley 11/1996, que tiene carácter básico....De acuerdo con ello,.., la Ley [castellano-manchega] 4/1996, establece el principio de intransferibilidad de dichas autorizacionesCon posterioridad, el Estado ha establecido, por medio del art. 4 de la Ley 16/1997, el criterio básico de transmisibilidad de las autorizaciones de apertura a favor de otros farmacéuticos. Pues bien, se rechaza por parte de dicha representación procesal este carácter básico porque considera que el principio antedicho no garantiza el fin que la norma dice pretender, que no es otro que la mejora de la atención farmacéutica, puesto que la transmisibilidad no garantiza este fin al no existir relación de causalidad entre éste y aquélla. De esta forma, se sigue argumentando, se desapoderaría a la Comunidad Autónoma de sus competencias normativas en la materia, impidiendo que las autorizaciones se otorguen, atendiendo a la idea de mérito, «intuitu personae»."

Acto seguido, la Sentencia invocada rechaza rotundamente ese planteamiento, declarando:

"Este planteamiento no puede ser admitido. Ya hemos señalado que el Real Decreto-ley 11/1996 ha sido derogado por la Ley 16/1997, con lo que desde el momento de su derogación han perdido vigencia los principios básicos contenidos en el art. 2.3 de dicho Real Decreto-ley, poniéndose con ello una vez más de relieve que la

*normativa autonómica que se hubiera dictado en desarrollo de aquel precepto básico está sometida a cambios eventuales, **toda vez que habrá de tener en cuenta la normativa básica que posteriormente se dicte** (STC 32/1981, de 28 de julio, F. 6)."*

A continuación, la Sentencia acude al principio de *libertad de empresa*, cuya vigencia como principio básico en el ámbito sanitario declara expresamente, afirmando:

*"Hecha esta precisión, **ha de realizarse otra acerca de lo que, en principio, puede encuadrarse como básico en materia de sanidad.** Como hemos visto, la Ley General de Sanidad regula, junto a actividades sanitarias públicas, **otras privadas, para cuyos establecimientos reconoce tanto la incidencia del interés público cuanto la libertad de empresa** a la que aquel interés puede sujeción a restricciones diversas. Pues bien, los **distintos modelos de organización que derivan de los distintos grados y formas que puede asumir la libertad de empresa** en este ámbito inciden directamente sobre el modo y la forma en que los establecimientos sanitarios privados sirven al interés público sanitario (la dispensación de medicamentos en el caso de las farmacias). De modo que, cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa farmacéutica, estaremos, indudablemente, ante materia propia de las 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.**"*

La Sentencia constitucional razona sobre la "transmisibilidad" y la "uniformidad de régimen jurídico" como consustanciales al principio de libertad de empresa:

*"A la misma conclusión podría llegarse a partir de la libertad de empresa, acerca de cuyo contenido negativo no parecen haber dudas: **la libertad de empresa, de la que la transmisibilidad de ésta es una concreción,** exige que las distintas empresas de un mismo*

sector **se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional**, pues dicha libertad, que la Ley General de Sanidad reconoce, **sólo existe en una economía de mercado que resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores.**"

Por lo que aquí interesa, la comentada Sentencia constitucional concluye declarando (fundamento 8, cit.):

*"... En este supuesto, las exigencias materiales de la normativa básica que ahora nos ocupan se concretan en que **el legislador**, en ejercicio de su función legítima, **ha configurado una regulación uniforme para todo el territorio nacional**, en relación con las autorizaciones de apertura de las oficinas de farmacia, que se justifica en el preámbulo de la Ley, de modo que **la opción material relativa a la transmisibilidad de dichas autorizaciones es la que determina el modo de satisfacción del interés público sanitario presente en la dispensación de medicamentos.**"*

Es, sin duda, el cambio que la Ley estatal 16/1997 introdujo en los principios rectores de los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia, así como la doctrina constitucional declarada en la tan citada Sentencia 109/2003 los que obligaron a la Sala Tercera (Sección 4ª) de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a tomar la decisión de plantear de oficio, con ocasión del recurso de casación núm. 3791/2001, cuestión de inconstitucionalidad frente al art. 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica, precisamente en cuanto dicho artículo prevé que *"la autorización de Oficinas de Farmacia se otorgará por concurso público, de acuerdo con el baremo y procedimiento que reglamentariamente se determine y en el que necesariamente habrán de tenerse en cuenta los siguientes criterios:*

Experiencia profesional; Méritos académicos; Formación postgraduada; Valoración de la integración profesional en el ámbito de esta Comunidad Autónoma, y Medidas de fomento, mantenimiento y creación de empleo". Como expresamente expone la mencionada Sala del Tribunal Supremo, en su Auto de 23 de noviembre de 2004 (fundamento 3º), a modo de justificación de la cuestión de inconstitucionalidad que plantea, en el citado artículo de la Ley extremeña "se sustituye el criterio rector de adjudicación de dichas autorizaciones, basado en los principios de publicidad y transparencia establecido en el artículo 3.2 de la Ley estatal 16/1997, por los de concurrencia competitiva, mérito y capacidad que se mencionaban en el artículo 2.3 del Real Decreto Ley de 11 de junio de 1996, antecedente de aquélla y hoy derogado."

El citado Auto (fundamento 3º, cit.) expone las razones en que se funda su decisión de plantear cuestión de inconstitucionalidad, para, previo análisis de la evolución legislativa producida, afirmar: "3ª.- La posterior publicación de la Ley 16/1997 de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia supuso, sin embargo, la expresa derogación del R. D. Ley 11/96 y **la modificación de los criterios fijados para otorgar la autorización de apertura (artículo 3.2) desde el punto de vista sustantivo, sustituyendo los principios de concurrencia competitiva, transparencia, mérito y capacidad por los de publicidad y transparencia, con clara alusión a la supresión de los anteriores criterios de capacidad y mérito que implicaban una exigencia sobreañadida a las recogidas en la legislación sectorial para tener acceso a la titularidad de una farmacia.**" El mismo Auto califica los criterios sustituidos de "auténtico **sobreañadido a los requisitos de**

suficiencia académica y capacidad profesional que implican el hallarse en posesión de la titulación legal para ejercer como titular de una farmacia en dicho ámbito territorial." (fundamento cit.).

B) Pues bien, la Ley de Farmacia de Andalucía adopta, en sus artículos 33.2, 41.1,c), párrafo 2º, y 47.3 unos criterios sustantivamente idénticos a los de la citada Ley de Atención Farmacéutica de Extremadura. En concreto, el art. 33.2 dispone que *"la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia se ajustará a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia pública y mérito"*; por su parte, el art. 41.1, c), párrafo 2º, dispone que *"las fases de concurso se realizarán de acuerdo con el baremo que reglamentariamente se establezca y en el que, necesariamente, se tendrán en cuenta los méritos académicos, la formación postgraduada y la experiencia profesional."* La sujeción a un procedimiento de concurso de méritos también se impone para las transmisiones onerosas de las oficinas de farmacia en el art. 47.3, que se remite al antes transcrito art. 41.1, en los siguientes términos: *"3. En las transmisiones onerosas, el transmitente comunicará a la Administración sanitaria las condiciones generales de la transmisión. Efectuada tal comunicación, la Administración le dará a conocer los nombres de los farmacéuticos inscritos en el registro de posibles adquirentes que **tengan la mayor puntuación, según el baremo de méritos que se establezca, de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, y con los criterios de los apartados 1 y 2 del artículo 41 de la presente Ley**, si bien la valoración de la experiencia profesional se tendrá especialmente en cuenta cuando se hubiera desempeñado en municipios, ELA o EATIM, o núcleos poblacionales aislados, todos ellos de*

menos de mil habitantes."

Aunque los transcritos preceptos de la Ley de Farmacia de Andalucía aluden a los principios de publicidad y transparencia como criterios a tener en cuenta para decidir las autorizaciones, es innegable que imponen, también, la sujeción a los principios de concurrencia competitiva, mérito y capacidad previstos en el art. 2.3 del hoy derogado Real Decreto Ley de 11 de junio de 1996. De hecho -y también de derecho-, como así se desprende de la simple lectura de los citados preceptos de la Ley de Andalucía, los derogados criterios de concurrencia competitiva, mérito y capacidad constituyen los principales criterios rectores de la decisión final en cuanto a la autorización de apertura o transmisión solicitada.

No nos consta que la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo frente al art. 11 de la Ley de Atención Farmacéutica de Extremadura haya sido resuelta al día de hoy, lo que impide que aquí podamos concluir, de forma tajante, sobre la inconstitucionalidad del referido precepto. No obstante, la innegable preponderancia que la Ley de Farmacia de Andalucía atribuye a los citados *principios de concurrencia competitiva, mérito y capacidad* para autorizar el ejercicio de una profesión privada, como es la de Farmacéutico titular de una oficina de farmacia, significa que por una Ley autonómica se está privando a los *principios de publicidad y transparencia* de la trascendencia que quiso darles el legislador estatal en la Ley 16/1997 y supone, al mismo tiempo, el intento de dotar, de nuevo, de eficacia a unos criterios ya derogados por quien tiene constitucionalmente reservada la competencia para fijar las

normas básicas del sector sanitario (art. 149.1,16ª de la Constitución) .

A lo dicho debemos añadir que la aplicación prioritaria de los principios de concurrencia competitiva, mérito y capacidad en la decisión de los procedimientos de apertura y transmisión de las oficinas de farmacia supone un claro intento de aplicar al acceso al ejercicio de una profesión privada los criterios legales que, en nuestro Ordenamiento jurídico, rigen solamente para el acceso a la Función Pública. Como es obvio, el titular de una oficina de farmacia en modo alguno ostenta la condición de funcionario público; además, así lo confirma la vigente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, de cuyo art. 8.1 resulta que son requisitos para ostentar la condición de empleado público desempeñar "*funciones retribuidas en las Administraciones Pública al servicio de los intereses generales*", requisitos que no concurren el caso del titular de la oficina de farmacia, pues no desempeña su actividad profesional en el seno de una Administración Pública sino en su propia oficina (la oficina de farmacia), ni percibe sus retribuciones de dicha Administración sino de los usuarios.

A la aludida aplicación indebida de los principios de mérito y capacidad se refiere el ya citado Auto de 23 de noviembre de 2004 del Tribunal Supremo, al declarar (fundamento 3º) que "***resulta perfectamente lógico que, si bien el artículo 103.3 de la Constitución someta el acceso a la función pública a los principios de mérito y capacidad, ninguna razón demanda que esos mismos principios condicionen el acceso al ejercicio de una profesión liberal al dotado de la capacidad oficial, que***

su título universitario le otorga y las condiciones de planificación de su normativa sectorial no le impidan. En este caso, la obtención de la autorización de apertura de la farmacia."

En consecuencia, la sujeción de la obtención de la autorización de apertura de farmacia -o de la autorización de la transmisión onerosa de la farmacia preexistente- a la concurrencia competitiva de determinados requisitos de mérito y capacidad infringe la regulación básica uniforme impuesta, al respecto, por el legislador estatal para todo el territorio nacional y, por tanto, viola el art. 38 de la Constitución Española, que *"reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado"*, y la norma básica del art. 89 de la Ley General de Sanidad, tal como los interpreta la tan citada *Sentencia 109/2003* (fundamento 8, antes transcrito) en su aplicación al sector sanitario de la farmacia.

C) Más aún, la sujeción por parte de la Ley de Farmacia de Andalucía de las autorizaciones de apertura y transmisión de las oficinas de farmacia a la superación de un concurso de méritos, supone que esa Ley se asienta sobre la idea subyacente de que dichas autorizaciones se otorgan *"intuitu personae"*. Sin embargo, como ya se expuso anteriormente, la *Sentencia constitucional 109/2003* rechaza expresamente (fundamento 8) que éste sea el criterio acogido por el legislador estatal en la Ley 16/1997. Cabe pensar que la supresión por esta Ley (art. 3.2) de los tan citados principios de concurrencia competitiva, mérito y capacidad en los procedimientos de autorización obedece, precisamente, a la finalidad de no limitar el principio constitucional de libertad de empresa en el sector sanitario de la farmacia,

evitándose con ello la vinculación de una concreta autorización a una determinada persona.

D) Por todos los motivos expuestos cabe concluir que los artículos 33.2, 41.1 y 47.3 de la Ley de Farmacia de Andalucía adolecen de inconstitucionalidad.

Segundo. Inconstitucionalidad del art. 47, números 1 y 3, de la Ley de Farmacia de Andalucía, por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil y mercantil y por infringir el principio de reserva de ley.

Sin perjuicio de lo expuesto en el precedente apartado 1, el art. 47 de la Ley de Farmacia de Andalucía también adolece de inconstitucionalidad en sus números 1 y 3 por invadir la competencia exclusiva que el Estado tiene en materia de legislación civil y mercantil (art. 149.1, 6ª y 8ª de la Constitución).

A) El citado art. 47, número 1, tiene la siguiente redacción:

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

A primera vista, el texto transcrito presenta una redacción confusa e imperfecta, no precisando con la necesaria claridad si tanto "las condiciones" como "los requisitos" a que alude se refieren exclusivamente a los aspectos meramente administrativos del "procedimiento" a que deberá someterse la transmisión de las oficinas de farmacia (esencialmente en el ámbito de las autorizaciones administrativas) o si, por el contrario, como más bien parece ser la intención, con el empleo de los sustantivos "condiciones y requisitos" se pretende regular, en todos sus aspectos, el régimen de los distintos negocios jurídicos *-inter vivos o mortis causa*, a título oneroso o a título gratuito- mediante los que pueda formalizarse la transmisión de la oficina de farmacia considerada como un todo (comprensivo tanto de la autorización administrativa de instalación y apertura como de los distintos elementos patrimoniales que integran la oficina de farmacia), introduciendo, incluso, nuevas obligaciones.

Resultando, en consecuencia, que esto último es el objetivo de la Ley, estamos ante un supuesto típico de infracción de la competencia exclusiva que el Estado tiene reservada en materia de legislación civil y mercantil por el artículo 149.1.8ª y 6ª, respectivamente, de la Constitución, de donde resulta la nulidad del citado art. 47.1. Además, también se está infringiendo el principio de reserva de Ley, según el cual la regulación de estas materias no puede hacerse por simples disposiciones reglamentarias, sino mediante Ley formal votada en las Cortes. En fin, el apartado 1º del artículo 47 adolece de inconstitucionalidad, ya que, conforme a la doctrina que el Tribunal Constitucional tiene declarada en su Sentencia 71/1982, el citado artículo 149.1, 6ª y 8ª, impide a las Comunidades Autónomas que introduzcan

derechos u obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas.

Hacemos notar que estos vicios de inconstitucionalidad ya fueron puestos de manifiesto por el Consejo Consultivo de Andalucía, en su dictamen de 28 de mayo de 2007, emitido a la vista del Anteproyecto de la Ley de Farmacia de Andalucía.

B) Existe, además, otra cuestión que avala el criterio de la inconstitucionalidad del art. 47 de la Ley de Farmacia de Andalucía, y, en concreto, de la aplicación del sistema de concurso público a las transmisiones de las oficinas de farmacia. Si ponemos en relación la redacción de los números 1 y 3, párrafo 2º, de dicho artículo se produce la alteración del principio general de la compraventa recogido en el art. 1449 del Código Civil, según la cual *"el señalamiento del precio no podrá dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes."*

En efecto, el mencionado párrafo 2º del número 3 dispone que *"la transmisión, que se realizará a favor de aquel farmacéutico que teniendo la mayor puntuación acepte la condiciones y garantías exigidas por el transmitente, deberá efectuarse en el plazo máximo de cuatro meses."* Dado que el procedimiento de concurso previsto en la Ley de Farmacia de Andalucía tiene un carácter cerrado, pues no se permite al interesado en la adquisición de la oficina de farmacia proponer sus propias condiciones o hacer "contraofertas" sobre el precio u otros elementos del contrato, es innegable, a la vista de la redacción del precepto transcrito, la afirmación

hecha de que el precio se fija unilateralmente por el transmitente. Por la vía del concurso se modifica, aunque sea indirectamente, el principio general del art. 1449 del Código Civil, lo que determina la nulidad del referido precepto autonómico por infringir la competencia exclusiva que el art. 149.1,8ª de la Constitución reserva al Estado en materia de legislación civil.

Todo ello sin perjuicio de que esa situación provoque, además, la inoperatividad del concurso como procedimiento para la transmisión de oficinas de farmacia, pues, al no estar prevista en la Ley autonómica la posibilidad de negociar el precio, en caso de no ser éste aceptado por ningún concursante al transmitente no le quedará más solución que solicitar de la Administración competente la celebración de sucesivos concursos.

Tercero. Inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley de Farmacia de Andalucía, por infringir la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre productos farmacéuticos.

A) El art. 149.1,16ª de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de "*legislación sobre productos farmacéuticos*". Al amparo de ese precepto constitucional, primero la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y, actualmente, la vigente Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, reconocen al Estado la competencia exclusiva en todo lo referente a los medicamentos de uso humano (únicos que aquí interesan), desde su investigación, pasando por su producción,

prescripción y dispensación, hasta su uso racional.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 152/2003, con ocasión del examen de la constitucionalidad de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, ha puesto de relieve cómo la regulación de la fabricación de los productos farmacéuticos constituye el aspecto sustancial y central de la legislación sobre productos farmacéuticos, que reiteramos, es de la competencia exclusiva del Estado. La citada Sentencia 152/2003, aunque hace particular referencia a la producción de los radiofármacos bajo la vigencia de la anterior Ley del Medicamento de 1990, es perfectamente aplicable al supuesto objeto de este recurso, habiendo declarado (fundamento 9):

*"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**".*

.....

*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.*

Pues bien, así también sucede en la vigente Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, al fijar, en su art. 1, el ámbito de aplicación en los siguientes términos:

*"1. La Ley regula, en el ámbito de las competencias que corresponden al Estado, los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación clínica, su **evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación, seguimiento de la relación beneficio-riesgo, así como la ordenación de su uso racional y el procedimiento para, en su caso, la financiación con fondos públicos. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado."***

El mismo artículo extiende su ámbito de aplicación a las "fórmulas magistrales", disponiendo:

"3. Regula también la Ley los criterios y exigencias generales aplicables a los medicamentos veterinarios y, en particular, a los especiales, como las fórmulas magistrales, y los relativos a los elaborados industrialmente incluidas las premezclas para piensos medicamentosos."

La vigente Ley 29/2006 también se preocupa de recalcar, en su art. 7.1, que las fórmulas magistrales y los preparados oficinales "son medicamentos" (el siguiente art. 8 se encarga de definir los distintos tipos de medicamentos, y, entre ellos, incluye los citados fórmulas magistrales y

preparados oficinales).

B) La examinada Ley de Farmacia de Andalucía destina expresamente su extenso art. 13 a regular las "fórmulas magistrales" y los "preparados oficinales", lo que vulnera la competencia exclusiva que el Estado tiene, según acabamos de ver, en materia de legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1,16ª CE) y, en concreto, sobre la evaluación, autorización, producción, fabricación, prescripción y dispensación de las "fórmulas magistrales" y "productos oficinales" (art. 1 de la Ley estatal 29/2006). Para argumentar el vicio de inconstitucionalidad en el mencionado art. 13 de la Ley andaluza acudimos a los criterios que la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2003 fija al plantearse la misma cuestión respecto de determinados preceptos de la Ley gallega de ordenación farmacéutica (fundamento 9):

*"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 el supuesto fallado por la Sentencia invocada sí se producía esa incidencia no deseada, por razón del contenido del precepto impugnado:

*"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, en el supuesto objeto de este recurso se produce idéntica situación: el art. 13 de la Ley de Farmacia de Andalucía no se limita a las competencias que la Junta de Andalucía tiene en materia de ordenación de los establecimientos farmacéuticos, sino que, además, **se inmiscuye en los aspectos relacionados con la elaboración y producción de las "fórmulas magistrales" y "preparados oficinales"**, regulando expresamente las materias primas que podrán utilizarse en la elaboración de esos medicamentos (números 4 y 5 del art. 13), llegando incluso al extremo de introducir normas específicas y detalladas para determinados casos y atribuyendo **"a la Consejería competente en materia de Salud"** la facultad

de autorizar las prácticas a que se refiere (véase su número 6). Es innegable que, con ese contenido, el art. 13 se aparta intencionadamente del régimen establecido en los arts. 42 a 44 de la Ley estatal 29/2006 y "**se inmiscuye**" (en palabras de la Sentencia 152/2003) **en la competencia exclusiva del Estado sobre la materia.**

Por este motivo, al infringir la competencia exclusiva que el Estado tiene conforme al art. 149.1,16ª de la Constitución, el referido art. 13 adolece de inconstitucionalidad.

Cuarto. Inconstitucionalidad del artículo 40.1.a), párrafo último, inciso primero, por violación de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución española.

El art. 40.1,a), párrafo último, inciso primero, de la Ley de Farmacia de Andalucía adolece de inconstitucionalidad, pues, al extender al cotitular o cotitulares del farmacéutico sancionado con la inhabilitación especial por tiempo superior a dos años o con la suspensión definitiva de funciones la sanción accesoria de caducidad de la autorización, infringe el art. 9.3 y el art. 25.1 de la Constitución Española, así como los principios constitucionales de razonabilidad y de proporcionalidad de la pena o sanción.

A) El art. 25.1 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la legalidad de los delitos y de las penas, conforme al viejo principio de "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", disponiendo que

"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento."

Asimismo, es un principio general del Derecho sancionador español que sólo son punibles las conductas voluntarias en las que concurra intencionalidad (dolo) o negligencia (culpa). Así resulta del precepto constitucional antes transcrito al exigir que las conductas sancionadas tipificadas sean "*acciones*" o "*omisiones*" y así lo recoge expresamente el vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuyo art. 5 dispone que "*no hay pena sin dolo o imprudencia*". El requisito de la voluntariedad de las conductas sancionadas responde a un principio originariamente penal, pero de indudable aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, como así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional, desde sus primeras Sentencias y de forma reiterada: "*Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado*" (Sentencia 3/1988, de 21 de enero -fto. 5-; en igual sentido Sentencia 18/1981, de 8 de junio -fto. 2º-).

Del derecho fundamental a la legalidad de los delitos, faltas y sanciones administrativas resulta, en definitiva, la exigencia de la tipicidad de las conductas y de sus sanciones. En otras palabras, sólo las conductas tipificadas imputables a la actuación voluntaria (por acción u omisión) del sujeto infractor serán sancionables. En otras palabras, quien no incurre en una conducta previamente tipificada como delito, falta o infracción administrativa no puede ser sancionado, pues no comete ningún acto ilícito.

El respeto de los citados derechos fundamentales y principios constitucionales es, en definitiva, la garantía del respeto por los principios constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica reconocidos en el art. 9.3 de la Constitución.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional también se ha encargado de exigir el respeto por las leyes sancionadoras de los principios de razonabilidad de la conducta sancionada y de proporcionalidad entre dicha conducta y la pena impuesta, principios que eleva a la categoría de constitucionales y que, en definitiva, son manifestación de los más genéricos principios de legalidad y seguridad jurídica, antes citados. Así, la Sentencia 55/1996, de 28 de marzo -y las que cita- (fto. 6): "*Como afirmábamos en la STC 53/1985, el legislador «ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento».*"

B) Pues bien, la Ley de Farmacia de Andalucía no respeta ninguno de

los derechos fundamentales y principios constitucionales antes citados en la regulación que de la caducidad de las autorizaciones de instalación y funcionamiento de las oficinas de farmacia introduce en su art. 40, 1, a), para los supuestos de cotitularidad, pues extiende, sin fundamento o justificación algunos, los efectos de las sanciones de inhabilitación profesional y de suspensión definitiva de funciones a los cotitulares del sancionado, es decir, a terceros distintos del sujeto autor de la infracción sancionada. En concreto, dicho artículo dispone:

"1. Las autorizaciones de instalación y funcionamiento de las oficinas de farmacia caducarán:

a) Por causas referidas a su titular:

.....
.....

2º. Inhabilitación profesional por periodo superior a dos años.

3º. Suspensión definitiva de funciones.

.....
.....

Si la inhabilitación profesional o la suspensión definitiva de funciones se hubiera producido en el ejercicio profesional de la oficina de farmacia, las autorizaciones caducarán aunque existan cotitulares. En el caso de renuncia, caducarán las autorizaciones si sólo existe un titular, salvo si, siendo varios, renuncian todos."

La innegable inconstitucionalidad del primer inciso del párrafo final de la mencionada letra a) de dicho art. 40 resulta, en primer lugar, de la infracción del derecho fundamental del art. 25.1 de la Constitución en su expresión de la tipicidad de la conducta sancionada. Los efectos de la sanción impuesta al autor de la infracción merecedora de inhabilitación

profesional o de suspensión definitiva se extienden a quien no tuvo intervención o participación alguna en la comisión del hecho sancionado; es decir, la Ley de Farmacia de Andalucía considera a los Farmacéuticos responsables objetivos por las conductas ilícitas voluntariamente realizadas por quien sea su cotitular de la oficina de farmacia. Ello que, de por sí, constituye una magnífica aberración del Derecho sancionador, es todavía más irrazonable por injustificado si se tiene en cuenta que la referida extensión de la sanción se produce cualquiera que sea el grado de participación del infractor en la cotitularidad de la oficina de farmacia: piénsese, a modo de ejemplo, en el caso extremo del farmacéutico copropietario de sólo el 20 por 100 de la titularidad de la oficina de farmacia (que es el mínimo permitido por el art. 2, letra g, de la Ley examinada), que es sancionado con la inhabilitación especial por más de dos años o con la suspensión definitiva de su profesión, supuesto en el que la conducta ilícita sancionada, pese a ser exclusiva del titular minoritario, provocaría la privación del ejercicio de la profesión a los demás socios titulares de la mayoría absoluta de los derechos de propiedad. En definitiva, la infracción del derecho fundamental a la tipicidad de las infracciones es, por sí solo, motivo suficiente para apreciar la inconstitucionalidad del inciso primero del párrafo último del art. 40.1,a), aquí examinado.

El ejemplo que acabamos de exponer sirve, asimismo, como prueba suficiente de que dicho precepto infringe, también, los antes examinados principios constitucionales de "razonabilidad" en cuanto a la conducta sancionable (aunque aquí, como hemos visto, no existe realmente esa

conducta tipificada como sancionable) y de "proporcionalidad" respecto de la sanción impuesta (su extrema gravedad -la pérdida de la autorización de apertura de la oficina de farmacia- no ofrece duda alguna), hasta el punto de que no existe la más mínima proporcionalidad ni tampoco razonabilidad en los efectos padecidos por el cotitular del infractor. En conclusión, puede afirmarse la inconstitucionalidad absoluta del artículo en cuestión.

Por todo lo expuesto, al Tribunal Constitucional

SUPLICO

Que teniendo por presentado este escrito, con sus respectivas copias, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los artículos 13; 33.2; 40.1.a), inciso primero del párrafo último; 41.1.c, párrafo segundo; 471.1; y 47.3 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, y, de conformidad con los razonamientos expuestos y los que en derecho resulten de aplicación, lo admita a trámite y, previos los trámites procesales a que hubiere lugar en Derecho, dicte Sentencia declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los citados preceptos.

Es justicia que pido en Madrid a 11 de enero de 2008.

OTROSI DIGO

Que se solicita que el Tribunal Constitucional recabe de la Junta de Andalucía y del Parlamento de Andalucía el expediente de elaboración de la Ley recurrida, incluyendo los Diarios de Sesiones en los que constan los debates parlamentarios sobre la misma.

Es justicia que pido en Madrid a 11 de enero de 2008.

Ignacio ASTARLOA HUARTE-MENDICOA
Comisionado