

EDJ 1984/83

Tribunal Constitucional Pleno, S 24-7-1984, nº 83/1984, BOE 203/1984, de 24 de agosto de 1984, rec. 80/1983
Pte: Rubio LLorente, Francisco

Resumen

El Tribunal Constitucional estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, por posible inconstitucionalidad de la Base XVI, párrafo 9º de la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional. El TC declara que la Base impugnada es constitucionalmente legítima en cuanto dispone que "queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia", pero, por lo que se refiere a la habilitación del Gobierno para establecer libremente por vía reglamentaria esta regulación y limitación, es contraria a la CE y ha sido derogada por ella.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD 1711/1980 de 31 julio 1980. Farmacias; Instalación por Titulares de Partidos Farmacéuticos
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.9.2 , art.14 , art.35.1 , art.36 , art.38 , art.43.2 , art.53.1
Ley de 25 noviembre 1944. Ley de Bases para la Organización de la Sanidad Nacional

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	8

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

Tribunal Constitucional

PROCESOS CONSTITUCIONALES

Cuestión de inconstitucionalidad

Planteadas por Tribunales Superiores de Justicia

Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

INCONSTITUCIONALIDAD

DECRETOS

DECRETO LEY

Deslegalización

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

IGUALDAD ANTE LA LEY

Interpretación y alcance del principio

OTROS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS

Derecho al Trabajo

Libertad de profesión u oficio

FARMACÉUTICOS

FARMACIAS

NORMATIVA APLICADA

ESTABLECIMIENTO Y LIMITES

FUENTES DEL DERECHO

LEY

ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN

NORMAS JURÍDICAS

NORMAS EN PARTICULAR

Constitución Española de 1978

NORMAS ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN

Sin rango legal

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Cuestión de inconstitucionalidad

Legislación

Aplica RD 1711/1980 de 31 julio 1980. Farmacias; Instalación por Titulares de Partidos Farmacéuticos

Aplica art.9.2, art.14, art.35.1, art.36, art.38, art.43.2, art.53.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica Ley de 25 noviembre 1944. Ley de Bases para la Organización de la Sanidad Nacional

Jurisprudencia

Citada en sentido contrario sobre NORMA JURÍDICA - RESERVA DE LEY - Cuestiones generales por STS Sala 3ª de 20 mayo 2008 (J2008/65888)

Bibliografía

Citada en "La importancia de la actividad de los administradores de fincas colegiados en la aplicación de la LPH"

Citada en "Mujer y participación política. El nuevo marco legal"

Definiciones

infracciones administrativas

permissum videtur in omne quod non prohibetur

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante comunicación que tuvo entrada en este Tribunal el 11 febrero 1983, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AT Valencia promovió, según lo previsto en el art. 35.1 LOTC, cuestión de inconstitucionalidad de la Base 16ª pfo. 9º, L 25 noviembre 1944 de Bases de la Sanidad Nacional, por presunta contradicción con los arts. 14, 35 y 38 CE. Dicha cuestión se suscitó en el recurso contencioso-administrativo, seguido ante esa Audiencia Territorial con el núm. 660/1981, que fue interpuesto por D. Heliodoro contra resoluciones del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos de España y Junta de Gobierno del citado Colegio de Valencia, denegatorias de autorización para la apertura de una oficina de farmacia en la ciudad de Requena.

La pertinencia de formular la cuestión de inconstitucionalidad -en cuanto dicha Base legal limita en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia, siendo desarrollada a nivel reglamentario con limitaciones en función del número de habitantes y distancias entre las oficinas, que pudieran estar en contradicción con los referidos mandatos constitucionales- fue planteada por la Sala a las partes en el proceso y al Mº Fiscal, mediante providencia de 6 diciembre 1982.

En su escrito de alegaciones acerca de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la parte actora en el recurso contencioso-administrativo dejó al mejor criterio de quien correspondiera resolver sobre la pertinencia de elevar dicha cuestión. El Mº Fiscal estimó que era procedente plantearla y las demás partes personadas se opusieron.

Evacuado el trámite de audiencia, por A 28 diciembre siguiente la Sala acordó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

A la comunicación de la Audiencia Territorial se adjunta testimonio de los autos principales y de las alegaciones que, sobre la procedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad hicieron las partes y el Mº Público.

SEGUNDO.- La Sala de lo Contencioso-administrativo de la AT Valencia fundamentó su resolución en base a las siguientes consideraciones jurídicas:

a) Que la Base 16ª, L 25 noviembre 1944 de Bases de Sanidad Nacional, en su pfo. 9º, al disponer que "queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia, incluso con las amortizaciones que sean precisas, dejando a salvo los intereses de la propiedad...", viene a establecer unas limitaciones para el establecimiento de oficinas de farmacia en función al número de habitantes y distancias entre establecimientos, particularmente concretadas en el desarrollo reglamentario de la Base por el D 31 mayo 1957 y disposiciones complementarias, Ordenes 1 agosto y 12 diciembre 1959, D 1 diciembre 1960 y Orden 23 junio 1961, y en la actualidad por el RD 14 abril 1978, OOMM 21 noviembre 1977 y 17 enero y 31 julio 1980 complementarias.

b) Que las limitaciones al establecimiento de farmacias pudieran estar en contradicción con lo dispuesto en el art. 35 CE en cuanto establece el derecho de todos los españoles al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, ya que suponen de hecho negar a quien

ha obtenido el título que lo habilita para ello, el derecho a trabajar en la profesión que ha elegido, y en el lugar en que libremente elija su residencia.

c) Que en texto del art. 36 CE, cuando señala que la Ley regulará el ejercicio de las profesiones tituladas, antes que contradecir la posible inconstitucionalidad del bloque normativo antes aludido, parece confirmarla, cuando habla de regulación, no de impedimento o restricción de ejercicio, pues éste se supone para poder ser regulado en sus distintos aspectos, y no puede desprenderse de ese texto que se pueda negar el ejercicio de una profesión titulada a quien posee el correspondiente título.

d) Que el bloque normativo de referencia pudiera estar en contradicción con el principio de igualdad y de no discriminación de los españoles ante la Ley, que proclama el art. 14 CE, en cuanto el sistema actual lleva no sólo a una imposibilidad de hecho de acceder todos los titulados a las oficinas de farmacia posibles, sino a que se acceda normalmente a las mismas, no por sistemas selectivos o de antigüedad, sino en base a las posibilidades económicas que permitan satisfacer el correspondiente traspaso de la oficina.

e) Que igualmente pudiera estar en contradicción la normativa vigente con el principio de libertad de empresa, que establece el art. 38 CE, dado que nos encontramos ante una profesión liberal, y que los argumentos utilizados en pro del sistema restrictivo de apertura de oficinas de farmacia pudieran ser también utilizados en el ejercicio de otras profesiones liberales, y ello aun cuando se trate de un sistema de precios controlados, pues en definitiva los costos, entre los que hay que mencionar los traspasos -presumiblemente elevados por la imposibilidad de libre apertura- repercuten sobre el precio de los medicamentos, y ello, en definitiva, en perjuicio del consumidor.

f) Que el recurso contencioso-administrativo del que conocía la Audiencia tenía por objeto la impugnación de resoluciones por las que se denegó autorización para la apertura de una oficina de farmacia en base a que no guardaba los límites de distancia a otras oficinas y de población que establece la normativa vigente antes citada, de donde la constitucionalidad o no de tales límites había de ser decisiva en la resolución del recurso.

TERCERO.- Mediante providencia de 23 febrero 1983, la Sec. 3ª de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión planteada y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.2 LOTC, dar traslado de la misma al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo común e improrrogable de 15 días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen procedentes; y asimismo, publicar la incoación de la cuestión en el "Boletín Oficial del Estado".

Dentro de dicho plazo comparecieron y alegaron el Gobierno, a través del Abogado del Estado, y el Fiscal General del Estado.

CUARTO.- Mediante escrito de 18 marzo 1983 compareció en el proceso el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, representado por la Procuradora Dª María Gracia Garrido Entrena, en demanda de audiencia en la cuestión de inconstitucionalidad y de conocimiento de los autos. Mediante A 23 marzo siguiente, Sec. 3ª de este Tribunal, se acordó no acceder a lo solicitado, en base a las limitaciones que establece el art. 37.2 LOTC en cuanto a la legitimación para comparecer en las cuestiones de inconstitucionalidad, que integra un proceso estrictamente objetivo en el que, en ningún caso pueden hacerse valer derechos subjetivos o intereses legítimos, sin que tales limitaciones supongan, por tanto, la existencia de indefensión. Frente a dicho auto, y al amparo de lo dispuesto en el art. 93.2 LOTC, se presentó recurso de súplica que se tuvo por planteado mediante providencia de 20 abril 1983, que concedía al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado el plazo común de 3 días para que dentro del mismo alegaran lo procedente sobre el recurso interpuesto.

Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se opusieron a la estimación de la súplica que fue desestimada por A 5 mayo 1983, dictado por el Pleno de este Tribunal, en el que, a los argumentos utilizados por el auto anterior, se añade, según lo alegado por el Fiscal General del Estado, la posibilidad de que ya dispuso la Entidad recurrente de alegar en el proceso contencioso-administrativo en donde la cuestión se suscitó todo cuanto estimó procedente acerca de la misma.

QUINTO.- Comienza el Abogado del Estado, en su escrito de alegaciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada, por señalar que la compatibilidad que ha de juzgarse con la Constitución es la del texto estricto de la norma legal cuestionada, en cuanto contiene la previsión de regulación y limitación en el territorio nacional de oficinas de farmacia, excediendo del proceso de inconstitucionalidad la posibilidad de juzgar el texto en función de su desarrollo reglamentario, como parece apuntar la Sala proponente. En este proceso debe hacerse, pues, abstracción de cuáles hayan de ser las limitaciones que en cada momento establece la norma cuestionada. La norma legal no las contiene, simplemente prevé la legitimidad de su establecimiento, referidas, según parece, al emplazamiento de las oficinas de farmacia, y es esta legitimidad en abstracto lo único que puede cuestionarse.

Con carácter subsidiario plantea el Abogado del Estado la cuestión de si el establecimiento de oficinas de farmacia se corresponde con los llamados "derechos de libertad", o se trata más bien de un "derecho de participación" para el acceso a una función pública. La distinción tiene importancia, en la medida en que la Sala proponente de la cuestión baraja elementos normativos propios de los dos criterios. Si bien, por un lado, da por vulnerados los arts. 35, 36 y 38 CE, por otro lado alude a la posible lesión del principio constitucional de igualdad, reprochando al bloque normativo de referencia el que se acceda a las oficinas de farmacia "no por sistema selectivo o de antigüedad, sino en base a las posibilidades económicas que permitan satisfacer el correspondiente traspaso de la oficina".

Esta última consideración acreditaría indiscutiblemente la lesión del principio de igualdad, si el servicio farmacéutico no fuera simplemente un servicio al público, ordenado administrativamente, sino un auténtico servicio público, que permitiera caracterizar el desempeño de una farmacia como función o cargo público en el sentido del art. 23 y más específicamente del 103 CE. Sin embargo, y al mismo tiempo, no podrían invocarse los principios de derecho al trabajo y libertad de empresa que tienen su proyección adecuada, cuando se trata de profesiones o actividades que no constituyen una función pública.

El caso es, en opinión del Abogado del Estado, que, en el derecho español, la ordenación farmacéutica responde a un esquema diverso al de la función pública. No es, pues, exigible que el establecimiento de oficinas de farmacia se ajuste a condiciones de preferencia por razones de capacidad y mérito, bastando para que la ordenación respete el principio constitucional de igualdad, que en aquélla no

existan elementos de discriminación, entendiéndose por tales los que derivan injustificadamente del propio enunciado de la norma, y no de circunstancias de hecho ajenas a la misma.

Sobre esta base, plantea el Abogado del Estado la cuestión de si el derecho actuado en el proceso, consistente en la instalación de una farmacia, se debe tipificar en el ámbito del derecho al trabajo (art. 35) o en el de la libertad de empresa (art. 38).

En este sentido, entiende el Abogado del Estado que la profesión farmacéutica, como campo de actividades habilitadas por la posesión de un título profesional específico, excede ya del simple supuesto de "tener farmacia", y de acuerdo con ello, el derecho que se vería directamente afectado por virtud de las limitaciones vigentes, sería el de libre empresa, pues de tener éste alguna proyección respecto a la comercialización de productos farmacéuticos, sería precisamente en el establecimiento de oficinas de farmacia. Esto no significa negar un influjo indirecto sobre el derecho al trabajo, puesto que, se limita por causas objetivas una actividad para la que el titulado se encuentra plenamente habilitado. Sin embargo, aun bajo esta perspectiva, no parece atinada al Abogado del Estado la distinción que introduce la Sala promotora de la cuestión entre "regulación" y "restricción" como si ambos conceptos fueran excluyentes. El art. 36 CE establece una reserva legal para una regulación cuyo contenido se deja indeterminado en el propio precepto y que corresponde precisar al legislador. Y toda la previsión de regulación lleva implícita la habilitación de límites, puesto que el mayor grado de libertad se produce obviamente por la ausencia de regulaciones.

Partiendo, pues, de que las limitaciones inciden en el ámbito del derecho a la libre empresa, y sólo indirectamente en el derecho al trabajo, una consideración conjunta de ambos permite afirmar que, en principio, la limitación en el establecimiento de farmacia por razón de distancia y por núcleos de población puede responder a exigencias adecuadas a los intereses generales de carácter sanitario de ordenación farmacéutica.

En efecto, por una parte, limitar la ubicación de oficinas de farmacia condicionada a distancias y número de habitantes, puede cumplir una función equivalente a una planificación global, aunque menos intensa, tendente a lograr una distribución equilibrada de aquellos establecimientos. Y es que la prohibición de instalar farmacias en un lugar próximo a otro establecimiento con la misma dedicación, puede facilitar un efecto "diseminador" de la localización de farmacias, y con ello ofrecer un mejor servicio a la población, evitando una concentración excesiva de locales de farmacia en determinadas zonas, en perjuicio de otras que podían verse privadas de este servicio. Y otro tanto cabría decir respecto de los límites derivados por censo de población, pues cuando existe una población ya cubierta el impulso empresarial o profesional se ve orientado hacia otros núcleos peor servidos.

La cuestión se situaría entonces, en determinar si estos límites son compatibles con el derecho de libre empresa. A juicio del Abogado del Estado, tales límites quedan suficientemente legitimados en el art. 43 CE, cuyo ap. 2º atribuye a los Poderes Públicos una competencia general para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. El último párrafo de este apartado, al decir que "la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto", parece someter toda esta variada gama de medidas limitadoras al principio de reserva de Ley. En consecuencia, habrá de ser la Ley la que, ponderando las circunstancias de hecho que concurren en el problema, habrá de concretar y precisar aquellos límites. Y en tanto ello no se produzca, hay razones suficientes para estimar que las limitaciones reglamentarias vigentes tienen suficiente cobertura constitucional.

SEXTO.- El Fiscal General del Estado comienza en sus alegaciones por examinar el proceso contencioso-administrativo en que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita, para afirmar que, posiblemente, la cuestión propuesta entraña antes una duda de interpretación y consiguiente aplicación de normas administrativas que una duda constitucional.

Tal afirmación resulta de considerar la normativa en torno a la cual surgió el debate en el proceso ordinario. Así, el RD 909/1978 de 14 abril, en su art. 3, después de reiterar principios contenidos en la referida Ley de Bases, establece que el número total de oficinas de farmacia no podrá exceder de una por cada 4000 habitantes, "salvo cuanto concurra alguna de las circunstancias siguientes:... b) cuando la que se pretenda instalar vaya a atender un núcleo de población de, al menos, 2000 habitantes".

Desde el momento en que el actor en el proceso acreditaba la atención posible a una población superior a 2000 habitantes, parece que su solicitud se ajustaba a la norma. No obstante, la OM 21 noviembre 1979 vino a establecer que: "El núcleo de población deberá hallarse separado del resto del conjunto urbano por un accidente natural o artificial (río, barranco, canal, vía de ferrocarril, autopista o similares) o por una zona no urbanizada sin todos los servicios exigidos legalmente (art. 3.2).

De esta manera, con la Orden ministerial, vino a imponerse una restricción más a las ya existentes en la materia. Pero es que, por otra parte, esa Orden entró en vigor 2 días después de la fecha en que el actor formuló la petición de apertura de farmacia. Y así las cosas, el problema que se presenta ante el órgano judicial era tan sólo de interpretación; ¿se aplica o no tal restricción:

- a) por el rango de la norma que la establece;
- b) por la fecha, en relación con el caso concreto, de entrada en vigor?

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, señala el Fiscal General del Estado, junto a ciertas referencias de derecho comparado, que el problema, en esencia, se resume, en sus diversas vertientes doctrinales, jurisprudenciales y legislativas, en una tensión de interés privado-interés público. Aquél lleva a adoptar un sistema de libertad de establecimiento -sin perjuicio de la actividad de policía sanitaria- mientras que éste propugna un condicionamiento a la apertura de la farmacia, a fin de tomar en consideración primaria el interés público que es necesario atender y cuyo cuidado compete a la Administración. Y la tensión deriva de que estamos ante una actividad privada con proyección pública, puesto que se encamina a satisfacer necesidades generales de carácter asistencial, y la atención de tales necesidades está reclamando un equilibrio entre el interés de quien ejerce o pretenda ejercer la profesión y el de aquellos hacia los que la profesión se ejerce.

En cualquier caso, lo que se postula del Tribunal Constitucional no es que con su decisión abunde en favor de una u otra de las tesis en presencia, sino que a la vista del ordenamiento vigente, proclame si los preceptos cuestionados están o no en disconformidad con los preceptos constitucionales que han sido invocados por la Sala proponente.

En cuanto al art. 35 CE, llama la atención el Fiscal General del Estado sobre el hecho de que, a diferencia de otros ordenamientos, no consta en el texto español el derecho a elegir el lugar de trabajo y de que consciente el Tribunal ordinario de esta diferencia, pretende completar dicho artículo con la disposición contenida en el art. 19, según el cual "Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia...". Sin embargo, no comparte el Fiscal este enfoque, puesto que, con independencia de la naturaleza distinta y específica de los derechos que en ambos preceptos se contemplan, incluso con protección distinta por imperativo del art. 53.2 CE, es obvio que el derecho a elegir residencia y el derecho a ejercer una determinada profesión en una determinada población o lugar dentro de ella, no son cosas complementarias. No siempre que se accede a una función pública, mediante la que se adopta una determinada profesión, se puede ejercitar esa libertad de residencia, ya que ésta vendrá condicionada por la localización del puesto de trabajo y no a la inversa.

En lo que se refiere al art. 36, deduce el Fiscal una doble consecuencia:

- a) que existe una reserva en favor de la Ley;
- b) que las profesiones tituladas pueden ser reguladas, siquiera sea por aquel mecanismo normativo.

El límite de tal regulación legal vendrá en todo caso determinado por lo dispuesto en el art. 53.1 CE. Ahora bien, de la Base 16ª pfo. 9º de la Ley tantas veces citada, no se obtiene más que una afirmación: que queda limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia, y esto, a juicio del Fiscal, no afecta al contenido esencial del derecho al ejercicio de la profesión de farmacéutico, puesto que el título universitario faculta no solamente para abrir o establecer farmacias, sino para un marco de actividades bastante más amplio y para cuyo desarrollo no se exige más que la posesión del correspondiente título.

Respecto a la invocación del art. 14, señala el Fiscal que parece encubrir la disconformidad del Tribunal proponente con la ordenación farmacéutica antes que una presunta vulneración del principio de igualdad, puesto que si, en definitiva, se estableciera un sistema selectivo la posibilidad de participar en la selección sería general, pero solamente los seleccionados podrían desempeñar la función. Incluso con un sistema de absoluta libertad de apertura de farmacias, como la instalación de todas y cada una de ellas supone un importante dispendio económico, solamente aquéllos que estuvieran en condición de hacerlo podrían establecer la oficina, quedando al margen de tal posibilidad quienes no dispusiesen de tales medios económicos. En todo caso, la proporcionalidad entre la limitación al establecimiento en el territorio nacional de oficinas de farmacia y el fin que con ella se pretende alcanzar, la mejor satisfacción del interés público -parece razonable y enmarcable- entre aquellos supuestos que no inciden en la interdicción de discriminación contenida en dicho art. 14.

Bajo un mismo prisma también resulta irrelevante para el Fiscal General del Estado la referencia al art. 38 CE, puesto que si bien la instalación de una oficina de farmacia supone una instrumentalización mercantil, este instrumento tiende a satisfacer una necesidad social de carácter básico, cual es la sanitaria, lo que de suyo la excluye del concepto de empresa mercantil, a la vez que tales oficinas quedan excluidas básicamente de la idea de "economía de mercado", puesto que ni puede jugar la libre concurrencia de productos y precios, dada la específica regulación de éstos, ni la libre competencia, como no sea por la atención personal que a los usuarios se preste. Ciertamente que con el transcurso del tiempo han venido asimilándose cada vez más a otros establecimientos de productos de consumo, pero cierto también que el tipo de producto sobre el que se actúa, los riesgos de su indebido suministro al público, e incluso la desatención al mismo por carencia o insuficiencia de ellos, les diferencian de manera notable de aquel otro tipo de establecimientos.

Tras este análisis, del cual se deduce que no existe discordancia entre la norma legal cuestionada y los preceptos constitucionales enunciados, reitera, por último, el Fiscal General del Estado, la improcedencia de examinar, por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, el resto del cuadro normativo integrado por una serie de normas reglamentarias a las que se refiere la Sala proponente y en virtud de las cuales se impidió al recurrente en el proceso contencioso-administrativo el establecimiento de una oficina de farmacia, pues la aplicabilidad de tales disposiciones es problema que la Sala pudo y debió resolver en uso de la competencia que a su jurisdicción corresponde.

Por todo lo anterior, la Fiscalía General del Estado es del parecer que debe desestimarse la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AT Valencia.

SEPTIMO.- Por providencia del Pleno de 12 julio corriente, se señaló el 19 del mismo mes julio para la deliberación y votación de esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El problema que hemos de resolver con carácter previo es el que suscita el Mº Fiscal cuando objeta, en su escrito de alegaciones, la pertinencia de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta al enjuiciamiento de este Tribunal. Considera, en efecto, el Fiscal General del Estado que tal cuestión se refiere a ciertas dificultades de interpretación y aplicación de normas reglamentarias -en particular, de las restricciones al establecimiento de farmacias contenidas en la OM 21 noviembre 1979-, antes que a la posible inconstitucionalidad de una norma con rango legal, de cuya validez dependa el fallo en el proceso "a quo".

Que la norma legal cuestionada sea o no aplicable al caso concreto es, sin duda, un requisito para admitir la cuestión de inconstitucionalidad y obviarla supondría una desnaturalización de este instrumento procesal. No obstante, según declaró este Tribunal en su S 17/1981 de 1 junio, el órgano de la jurisdicción ordinaria que plantea la cuestión es, en principio, el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de resolver, por lo que el control que realice el Tribunal Constitucional sobre

dicho requisito no puede sustituir a aquella competencia, y sólo cuando de manera evidente, sin necesidad de un análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabrá declarar inadmisibile por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad.

La presente cuestión somete al juicio de constitucionalidad la Base 16ª, L 25 noviembre 1944 de Bases de Sanidad Nacional, en cuanto dispone en su pfo. 9º que "queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de farmacias", y el proceso en que la cuestión se promueve tuvo su origen en un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a determinadas resoluciones denegatorias de autorización para la apertura de una oficina de farmacia, en aplicación de disposiciones reglamentarias restrictivas que traen su causa de aquel precepto legal.

No es, por tanto, posible afirmar que la cuestión planteada acerca de la constitucionalidad de dicho precepto carezca prima facie de relevancia para la solución del proceso en que fue suscitada. Antes al contrario, existe cuando menos una cierta apariencia de racionalidad en la afirmación del Tribunal proponente relativa a la dependencia entre la constitucionalidad de la norma legal cuestionada y el fallo en el asunto concreto sometido a su enjuiciamiento, y ello, según se acaba de indicar, es motivo bastante para que haya de ser desechada la referida objeción del Fiscal a la pertinencia de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

SEGUNDO.- La cuestión que nos ocupa se refiere a una norma legal preconstitucional, cuya posible contradicción con el ordenamiento constitucional posterior pudo ser examinada y resuelta por el Tribunal ordinario proponente, aunque éste ha optado por deferir la cuestión a esta jurisdicción constitucional.

Las dudas que el Tribunal proponente alberga nacen de la cuestionable compatibilidad que, a su entender, se da entre lo que se dispone en los arts. 14, 35.1 y 38 CE (en uno de los considerandos del A 28 diciembre 1982 se hace referencia también al art. 36 CE), de una parte, y de la otra, la Base 16ª pfo. 9º, L 25 noviembre 1944. Como la lectura del citado auto permite colegir sin lugar a dudas y se hace explícito en el mismo considerando a que antes nos referíamos (que alude, no a la norma cuestionada, sino al "bloqueo normativo") las dudas que conducen al planteamiento de la cuestión no surgen sin embargo del simple contraste entre las normas constitucionales y la norma legal cuestionada, sino más bien de la comparación entre aquéllas y las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de ésta, normas cuyo rango infralegal expresamente se reconoce en el primer considerando del mencionado auto.

Aceptando, desde luego, esta última valoración, cuya consecuencia ineluctable es la de considerar fuera de nuestra competencia en esta vía el examen de constitucionalidad de dichas disposiciones infralegales que deben ser controladas por la jurisdicción contencioso-administrativa, y ciñéndonos en exclusiva al estudio del precepto legal impugnado, la decisión sobre la cuestión que se nos propone exige, en primer término, el análisis de los siguientes extremos:

a) Si la limitación al establecimiento de farmacias, en general, implica una violación del art. 14 CE.

b) Si los derechos proclamados en los arts. 35.1 y 38 CE son susceptibles de ser limitados o regulados y, en caso afirmativo, cuál debe ser el rango de la norma que opera la limitación o regulación.

c) Si la regulación legal a que se refiere el art. 36 CE puede entrañar una limitación al ejercicio de las profesiones tituladas.

Sólo una vez dilucidadas estas cuestiones, que tratamos en el siguiente fundamento, será posible avanzar en el razonamiento.

TERCERO.- La respuesta al primero de los interrogantes planteados no ofrece, ciertamente, dificultad alguna. La igualdad ante la Ley que consagra el art. 14 CE puede ser entendida también, según reiteradamente hemos declarado, como igualdad en la Ley, es decir, como obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma o de no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hechos legítimamente diferenciados. Todo ello, claro está, además de la interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, etc.) que el precepto expresamente menciona.

No implica sin embargo este precepto, en modo alguno, la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la CE (art. 9.2) a todos los Poderes Públicos y que es una finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho, no impide que, en la práctica, el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios. Configurado en la forma que hoy lo está el ejercicio de la actividad de dispensación al público de las especialidades farmacéuticas, ni puede entenderse que sea contrario al principio de igualdad ante la Ley subordinar ese ejercicio a la posesión de un determinado título académico, ni afecta a tal principio el hecho de que los titulados que quieran ejercer su profesión como titulares de una oficina de farmacia hayan de contar con los medios propios para instalarla.

En segundo término, suscitábamos en el fundamento anterior la cuestión de la posibilidad de limitar o regular el ejercicio de los derechos que consagran los arts. 35.1 y 38 CE, y en caso afirmativo, cuál debe ser el rango de la norma limitativa o reguladora.

Planteada en estos términos la cuestión, y sin detenernos en el análisis de ambos preceptos, en el segundo de los cuales predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional, la respuesta afirmativa al primero de los interrogantes que la misma incluye se impone como evidente. Son numerosísimas las normas de nuestro Derecho que disciplinan, regulan y limitan el ejercicio de profesiones y oficios, imponiendo para ello multitud de requisitos diversos, entre los cuales se cuenta, por ejemplo, para determinadas profesiones y entre ellas las de farmacéutico, la posesión de un determinado título académico y/o la afiliación a un Colegio profesional. Nada hay, por tanto, en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables.

En el presente caso, el Abogado del Estado ha aducido en apoyo de la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida con la limitación, el mandato del art. 43.2 CE, y bien puede entenderse así, aunque, como es evidente, tampoco es ello necesario, pues si bien los principios rectores que contiene el capítulo tercero del Tít. II CE se imponen necesariamente a todos los Poderes Públicos, nada impide que éstos se propongan otras finalidades u objetivos no enunciados allí, aunque tampoco prohibidos.

Respuesta menos fácil tiene, en apariencia, el segundo de los mencionados interrogantes, pues si bien el tenor literal del art. 53.1 CE, que se refiere a todos los derechos y libertades reconocidos en el Cap. II Tít. I, impone la reserva de Ley y al legislador la obligación de respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades, es evidente, de una parte, que no hay un "contenido esencial" constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta y, de la otra, que las limitaciones que a la libertad de elección de profesión u oficio o a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada en la mayor parte de los casos por preceptos de rango infralegal, para cuya emanación no puede aducir la Administración otra habilitación que la que se encuentra en cláusulas generales, sólo indirectamente atinentes a la materia regulada y, desde luego, no garantes de contenido esencial alguno.

La dificultad, como decimos, es sin embargo sólo aparente, pues el derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el art. 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35.1 ó 38.

No significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la CE (art. 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales; en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los arts. 35.1 y 38 CE, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley.

Este es el caso, y con ello pasamos al último de los puntos antes señalados, del ejercicio de las profesiones tituladas, a las que se refiere el art. 36 CE, y cuya simple existencia (esto es, el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, protegido incluso penalmente contra el intrusismo) es impensable sin la existencia de una Ley que las discipline y regule su ejercicio. Es claro que la regulación de estas profesiones, en virtud de ese mandato legal, está expresamente reservada a la Ley. También es claro, sin embargo, que dada la naturaleza del precepto, esta reserva específica es bien distinta de la general que respecto de los derechos y libertades se contiene en el art. 53.1 CE y que, en consecuencia, no puede oponerse aquí al legislador la necesidad de preservar ningún contenido esencial de derechos y libertades que en ese precepto no se proclaman, y que la regulación del ejercicio profesional, en cuanto no choque con otros preceptos constitucionales, puede ser hecha por el legislador en los términos que tenga por conveniente.

CUARTO.- Alcanzada la anterior conclusión, estaríamos en condiciones de dar respuesta a la cuestión planteada si ésta tuviese su origen en la simple afirmación legal del principio de limitación o en limitaciones concretas que la norma cuestionada impusiera al establecimiento de oficinas de farmacia. No es ello, sin embargo, así, pues las dudas del Tribunal cuestionante arrancan de la consideración de un conjunto de restricciones a la libertad de establecimiento -aquéllas que se refieren al número de habitantes a que han de atender las oficinas de farmacia y a la distancia entre las mismas- que se formulan en una serie de normas reglamentarias, algunas dictadas con posterioridad a la Constitución, pero no detalladas en el precepto legal cuestionado ni expresamente previstas o exigidas por él, cuyo contenido se reduce a una previsión abstracta de que el establecimiento de tales oficinas será regulado y limitado en el futuro. De esta manera, dicho precepto, además de sentar el principio de la regulación y la limitación, configura una habilitación genérica al Gobierno para reglamentar la materia, pues en conexión con lo que dispone el artículo único de la misma Ley, lo faculta para establecer con entera libertad la regulación y las limitaciones.

El problema que con ello surge, en cierto modo nuevo, es así el de determinar si una habilitación semejante conlleva o no un vaciamiento de la reserva de Ley que, como veíamos, se contiene en el art. 36 CE, de modo que la invalidez de la norma legal cuestionada haya de afirmarse por su contradicción con dicho precepto.

Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.

Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.

QUINTO.- En razón de lo ya dicho, cabe afirmar, sin lugar a dudas, que una norma de habilitación como la cuestionada, en cuanto tiene de habilitación genérica, equivale a una deslegalización, y por tanto viola la reserva de Ley constitucionalmente establecida y es contraria a la Constitución.

Se produce así una situación compleja en la que el precepto, constitucionalmente legítimo en cuanto afirma el principio de limitación y regulación para el establecimiento de oficinas de farmacia, es sin embargo constitucionalmente inválido en cuanto tiene de habilitación genérica al Gobierno para dictar, sin restricción alguna, una normativa reservada en principio a la Ley. La complejidad, que es mayor en la medida en la que estas dos funciones son dos derivaciones del mismo precepto, no de palabras o frases distintas dentro de él, no acaba, sin embargo, aquí, pues en el caso que estudiamos la norma en cuestión es una norma preconstitucional que, en consecuencia, sufre los efectos de su colisión con la Constitución sólo desde la entrada en vigor de ésta, de tal modo que tales efectos no son los propios de la nulidad "a radice", sino sólo los de la derogación.

De ello se sigue, naturalmente, como consecuencia obligada, que su pérdida de vigencia no arrastra en modo alguno la de las disposiciones producidas a su amparo mientras estuvo vigente -así, por ejemplo, DD 31 mayo 1957, 1 diciembre 1960 (núm. 2322) y 14 abril 1978 (núm. 909), ni "a fortiori", la de las que, a su vez, son desarrollo o complemento de éstas (así, por ejemplo, las OOMM 23 junio 1971 ó 21 noviembre 1979- o no tienen otra finalidad que la de complementarlas para asegurar su concordancia con otras normas de incuestionada validez (así, por ejemplo, el RD 1711/1980 de 31 julio). Como es obvio, no es objeto propio de la competencia de este Tribunal el pronunciamiento sobre la validez de todas estas disposiciones de rango infralegal, cuyo control de legalidad y constitucionalidad corresponde a los órganos del Poder Judicial y en especial a los del orden contencioso-administrativo en los términos que dicen el art. 106.1 CE y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Dentro de esta vía, al Tribunal Constitucional le compete tan sólo el examen de la constitucionalidad de la Ley y, en la medida que ello sea necesario para precisar el sentido de su decisión, la determinación del alcance de su fallo, que en el presente caso y como resumen de cuanto hemos expuesto, si bien entraña la imposibilidad de que, al amparo de la norma que declaramos contraria a la Constitución se dicten nuevos reglamentos reguladores del establecimiento de oficinas de farmacia, ni significa la ilegitimidad constitucional del principio de limitación, ni implica la invalidez de las normas reglamentarias ya existentes.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido:

Estimar parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad de que se ha hecho mérito, planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AT Valencia y, en consecuencia:

1º Declarar que la Base 16ª pfo. 9º, L 25 noviembre 1944 de Bases de la Sanidad Nacional, es constitucionalmente legítima en cuanto dispone que "queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia", pero en cuanto habilita al Gobierno para establecer libremente por vía reglamentaria esta regulación y limitación, es contraria a la Constitución y ha sido derogada por ella.

2º Declarar que la derogación de la norma legal cuestionada no entraña por sí misma la invalidez de las normas reglamentarias dictadas hasta el presente a su amparo.

3º Comunicar inmediatamente a la Sala que ha propuesto la cuestión esta sentencia a los efectos previstos en el art. 38.3 LOTC.

Dada en Madrid, a 24 julio 1984. Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente.- Jerónimo Arozamena Sierra.- Angel Latorre Segura.- Francisco Rubio Llorente.- Gloria Begué Cantón.- Luis Díez-Picazo y Ponce de León.- Francisco Tomás y Valiente.- Rafael Gómez-Ferrer Morant.- Angel Escudero del Corral.- Francisco Pera Verdager, Magistrados.