

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17885 Pleno. Sentencia 161/2011, de 19 de octubre de 2011. Cuestión de inconstitucionalidad 251-2005. Planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con el art. 11 de la Ley de la Asamblea Extremadura 3/1996, de atención farmacéutica, de 25 de junio. Discriminación por razón de edad: nulidad del precepto legal que impide participar en los procedimientos de instalación de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años (STC 63/2011).

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 251-2005, planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del respecto del art. 11 de la Ley de la Asamblea Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica, de 25 de junio, desarrollada por el Decreto del Gobierno de Extremadura 121/1997, por posible vulneración del art. 14 CE. Han intervenido el Fiscal General del Estado, el Gobierno de la Junta de Extremadura, y la Asamblea de Extremadura. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 23 de noviembre de 2004 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el Auto de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al que se acompañaba testimonio del correspondiente procedimiento, en el que acordaba plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, en lo relativo a la introducción de un concurso público para la autorización de nuevas oficinas de farmacia en Extremadura, y de la valoración baremada de «la integración profesional en el ámbito de esta comunidad autónoma» y «medidas de fomento, mantenimiento y creación de empleo», y de la exclusión de los mayores de 65 años en dichos concursos, por posible contradicción con el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad del art. 14 CE.

2. Los antecedentes fácticos de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Las asociaciones provinciales de empresarios farmacéuticos de Cáceres y de Badajoz impugnaron en recurso contencioso-administrativo núm. 3021-1997 el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 121/1997, de 7 de octubre (publicado en el «Diario Oficial de Extremadura» el 14 de octubre de 1997), por el que se aprobaba el Reglamento de desarrollo de la Ley de atención farmacéutica en materia de

oficina de farmacia y botiquines 3/1996, solicitando la nulidad íntegra, o subsidiariamente la del art. 5 (transcripción del art. 11 de la Ley 3/1996), art. 6 (párrafos 4 y 5), capítulo IV; y disposición transitoria y baremo del anexo. Dicho recurso fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 804/2001, de 30 de abril.

b) Con fecha 28 de junio de 2001 se presentó por la representación de las asociaciones provinciales de empresarios farmacéuticos de Cáceres y Badajoz recurso de casación, por infracción de precepto constitucional, legal y de jurisprudencia contra la Sentencia núm. 804/2001, de 30 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que desestimaba el recurso interpuesto. A dicho recurso de casación se opuso en tiempo y forma el Letrado de la Junta de Extremadura.

c) Mediante escrito presentado el 13 de febrero de 2004 por la representación de las asociaciones provinciales de empresarios farmacéuticos de Cáceres y Badajoz, pusieron en conocimiento de la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el pronunciamiento de la STC 109/2003 de 5 de junio que declaró la inconstitucionalidad del art. 14 (primer párrafo: «intransmisibilidad de las oficinas de farmacia») y disposición transitoria tercera (primer párrafo: «limitación a una sola transmisión para aquéllas que estuvieren en funcionamiento a la entrada en vigor de la norma») de la Ley extremeña 3/1996 de atención farmacéutica; y de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de octubre de 2003 (y otras dieciséis resoluciones) en las que en aplicación de la Sentencia constitucional, se declara la nulidad de una serie de concursos para la provisión de nuevas oficinas de farmacia en Extremadura.

d) Por providencia de 24 marzo de 2004, la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal por término de diez días para alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 11 de la Ley de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica.

3. En escrito registrado el 13 de abril de 2004 el Letrado de la Junta de Extremadura, solicitó que no se plantease la cuestión respecto de una norma autonómica por infracción del Derecho estatal, ya que ello constituía un contrasentido, que debería haber motivado la inadmisión del recurso de casación. Asimismo considera que dado que lo impugnado era un precepto de un reglamento ejecutivo, y no de una ley, no cabría el planteamiento de la cuestión; sin perjuicio de que dicho art. 11 de Ley 3/1996 fuese modificado por la Ley extremeña 1/1997, que eliminó el mérito baremado en el concurso del «empadronamiento mínimo de tres años en el ámbito de Extremadura», por lo que el planteamiento sería irrelevante.

4. Mediante escrito presentado el 24 de abril de 2004 por la representación de las asociaciones provinciales de empresarios farmacéuticos de Cáceres y Badajoz, reiteran la procedencia del planteamiento de la cuestión, como ya se interesó en el escrito promoviendo recurso de casación, respecto de los arts. 11, 14, 15 y disposición transitoria tercera, de la Ley 3/1996 de atención farmacéutica de Extremadura, respecto del régimen concursal de autorización de nuevas oficinas de farmacia, en cuanto que lesionaría las competencias estatales básicas, sobre procedimiento administrativo (art. 149.1.18 CE), libre ejercicio de profesiones tituladas (art. 149.1.30 CE), ordenación farmacéutica (art. 149.1.16 CE) y el principio de igualdad de derechos y deberes en cualquier parte del territorio (arts. 14 y 139 CE), especialmente las disposiciones que bareman superiormente la integración profesional en Extremadura, el fomento del empleo y la exclusión de los farmacéuticos mayores de 65 años.

5. El Fiscal ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo evacuó informe el 15 de abril de 2004 interesando el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que el art. 11 de Ley 3/1996 mediatamente cuestionado por la impugnación del Real Decreto 121/1997 de desarrollo, resultaba respetuoso con la competencia estatal básica sobre «bases y coordinación general de la sanidad» del art. 149.1.16 CE.

Mediante nueva Providencia de 7 de julio de 2004 la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal por término de otros diez días para alegaciones concretas sobre la compatibilidad del art. 11 de la Ley extremeña 3/1997 con la competencia estatal básica del art. 3.2 de la Ley 16/1997 de oficinas de farmacia (respecto de la no inclusión de los principios de competencia, mérito y capacidad en los concursos de adjudicación de farmacias), los arts. 14 y 139 CE (respecto los criterios de baremación de «integración profesional» y «fomento del empleo») y arts. 14 y 23.2 CE (respecto de la limitación para concursar a mayores de 65 años).

6. En escrito presentado el 28 de julio de 2004 la representación de las asociaciones provinciales de empresarios farmacéuticos de Cáceres y Badajoz reiteraron su petición de planteamiento.

Mediante escrito presentado el 27 de julio de 2004 el Letrado de la Junta de Extremadura dio por reproducidas las alegaciones efectuadas en su escrito de 12 de abril de 2004, insistiendo en que la STC 109/2003 no ha declarado inconstitucional —pudiendo hacerlo— el art. 11 de la Ley 3/1996, y que como señaló el Ministerio Fiscal, no se ha conculcado la competencia estatal básica del art. 149.1.16 CE sobre bases y coordinación general de la sanidad, ni los arts. 14 y 139 CE.

7. Mediante informe evacuado el 26 de julio de 2004 el Fiscal ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo interesa el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, no respecto de la competencia estatal básica del art. 149.1.16 CE, pero sí en cuanto a la posible vulneración del principio de igualdad en la baremación para el concurso de circunstancias como la residencia de Extremadura o la limitación a 65 años.

8. En Auto de 23 de noviembre de 2004, la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 11 de la Ley de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica, respecto de la autorización de nuevas oficinas de farmacia en concurso público, de acuerdo con el baremo que valora «la integración profesional en el ámbito de esta comunidad autónoma», y la exclusión en los concursos de «farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años al inicio del procedimiento».

Tras la exposición de los antecedentes de hecho en los que hace constar la relación causídica del procedimiento contencioso-administrativo de impugnación del Decreto de Extremadura núm. 121/1997 sobre concursos para la apertura de nuevas oficinas de farmacia; se descarta la improcedencia de la cuestión de inconstitucionalidad por plantearse respecto de un precepto autonómico de rango inferior a la ley, en cuanto que esta norma es determinante de la decisión, y reproducción y desarrollo de un precepto legal (del art. 11 de la Ley Extremadura 3/1996). Igualmente se descarta que el hecho de que la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2003 recogiera exclusivamente el pronunciamiento de la STC 109/2003, de 5 de junio, sobre el art. 14 (párrafo 1) de la Ley extremeña 3/1996 sea un óbice para el planteamiento ulterior respecto del art. 11 de la misma Ley, en cuanto que no coinciden el objeto de uno y otro procedimiento; tampoco estima que la modificación parcial del art. 11 de la Ley de Extremadura 3/1996 por la Ley de Extremadura 1/1997 haya hecho desaparecer el objeto cuestionado, ya que sólo afectó al requisito del «empadronamiento mínimo de tres años en la Comunidad Autónoma», pero no las demás cuestiones, por lo que subsiste la utilidad de una resolución de la cuestión de constitucionalidad, aunque sólo sea desde el punto de vista competencial.

Respecto del objeto de la cuestión lo circunscribe a tres puntos del desarrollo del art. 11 de la Ley Extremadura 3/1996: a) Posible inconstitucionalidad del establecimiento de un sistema concurso —como fórmula única— para las autorizaciones de establecimientos de oficinas de farmacia en Extremadura, regido por los principios de publicidad y transparencia, omitiendo de los principios de competencia, mérito y capacidad de la norma básica estatal (art. 2.3 del Real Decreto-ley 11/1996 y art. 3.2 de la Ley 16/1997

de servicios de las oficinas de farmacia) dictada en el ámbito del art. 149.1.16 y 149.3 CE, y en el cual se requiere —además— la concurrencia de algunos elementos baremados. b) Posible inconstitucionalidad —subsidiariamente—, por vulneración del principio de igualdad de los arts. 14 y 139 CE, de los criterios de valoración baremados para la apertura de farmacias consistentes en «integración profesional en el ámbito de esta Comunidad Autónoma» y «medidas de fomento mantenimiento y creación de empleo» (art. 11, párrafo 4, de la Ley de Extremadura 3/1996), los cuales carecen de justificación razonable y proporcionada de la preferencia que otorgan, implicando una discriminación para el resto de los licenciados en farmacia españoles y europeos. c) Posible contradicción con el art. 14 y 23.2 CE del art. 11 (párrafo 9) de la Ley de Extremadura 3/1996, al establecer, sin justificación razonable, un límite máximo de 65 años para poder obtener autorización de oficinas farmacia.

9. Por providencia de 8 de noviembre de 2005 de la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional se admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad (con núm. 251-2005) respecto del art. 11 de la Ley de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica, por posible vulneración de los arts. 14, 23. 2, 139, 149.1.16 y 149.3 CE, acordando el traslado al Congreso, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, así como a la Asamblea y al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para personación y alegaciones por término de 15 días, con remisión al «Boletín Oficial del Estado» (resultando publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 22 noviembre 2005).

10. En escrito recibido el 25 de noviembre de 2005, el Presidente del Senado solicita que se tenga personada a la Cámara en dicho procedimiento, y ofreció su colaboración a efectos del art. 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En escrito registrado el 29 de noviembre de 2005 el Presidente del Congreso comunica la no personación ni formulación de alegaciones por parte de esa Cámara.

Mediante escrito recibido el 25 de noviembre de 2005 el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación solicita que se le tenga por personado, sin formular alegaciones, al no haber sido parte en el proceso judicial antecedente.

11. El Fiscal General del Estado, mediante informe evacuado el 7 de diciembre de 2005, interesa que se le tenga personado y que se declare la inconstitucionalidad y anulación de los incisos «valoración de la integración profesional y empadronamiento mínimo de tres años en el ámbito de esta Comunidad Autónoma» y «en ningún caso podrán participar en el procedimiento autorización de la oficina de farmacia los farmacéuticos que tenga más de sesenta y cinco años al inicio de procedimiento» del art. 11 de la Ley de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica, por vulnerar los arts. 14, 23. 2 y 139 CE.

Tras la exposición de los antecedentes de hecho, delimitación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (circunscribiéndolo al art. 11, párrafos 4 y 9, de la Ley de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica) y una serie de consideraciones generales sobre las oficinas de farmacia y el ejercicio de la profesión farmacéutica (libertad de empresa e interés y planificación pública; competencias básicas estatales y autonómicas de desarrollo y ejecución...), considera el representante del Ministerio público que no se ha producido una inconstitucionalidad sobrevenida por la aplicación en los procedimientos autonómicos de autorización de nuevas oficinas de farmacia (ex art. 11, párrafo 4 de la Ley de Extremadura 3/1996) sólo de los principios de publicidad y transparencia, y no de los de concurrencia, mérito y la capacidad que se mencionaban en la anterior normativa estatal básica del art. 2.3 Real Decreto-ley 11/1996 —y que se omiten en la posterior norma del art. 3.2 de Ley 16/1997, que no tiene carácter básico ex disposición final primera de la Ley 16/1997—, sin perjuicio de la doctrina de la STC 109/2003 que habilita a las comunidades autónomas para que en el desarrollo legislativo establezcan mayores requisitos para el ejercicio farmacéutico, y de que la Sala del Tribunal Supremo haya mantenido una interpretación restrictiva del concepto «procedimiento autorización» de las Comunidades Autónomas.

Respecto de la «valoración de la integración profesional en el ámbito de la comunidad autónoma», considera el Fiscal que implica una exclusión injustificada y discriminatoria de los profesionales procedentes de otras Comunidades Autónomas que no estén arraigados en Extremadura, perjudicando el servicio de asistencia farmacéutica, e incluso restringiendo la libertad de circulación del art. 19.1 CE. Por el contrario no considera lesiva de la igualdad la previsión de «medidas de fomento, mantenimiento y creación de empleo» en cuanto que las farmacias son establecimientos mercantiles y sus titulares empresarios, resultando estas competencias propias de la Comunidad Autónoma. Finalmente respecto de la «prohibición a los profesionales de más de 65 años de participar en procedimientos de autorización de apertura de farmacias», entraña una discriminación injustificada por razón de la edad (en contra del art. 14.1 CE) procediendo su declaración de inconstitucionalidad, como sucedió con el art. 19.5 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999 en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 12-2005.

12. En escrito registrado el 14 de diciembre de 2005, la Letrada de la Junta de Extremadura se personó solicitando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, sobre la base de que se están limitando las competencias autonómicas en materia de oficinas de farmacia, respetuosas con la legislación básica estatal.

Partiendo de que al tratarse de una ley autonómica no debería ser susceptible de acceso a la casación, ni podría —por ende— haberse planteado en esta una cuestión de inconstitucionalidad; recuerda que la Ley extremeña 3/1996 de atención farmacéutica ya fue enjuiciada en STC 109/2003, sin que se decretase entonces la inconstitucionalidad del art. 11 ahora cuestionado. Recalca que el otorgamiento de autorización para apertura de oficinas de farmacia por la Junta de Extremadura por concurso público, de acuerdo con el baremo y el procedimiento establecido reglamentariamente, conforme a los «principios de publicidad y transparencia», no es nuevo (sino que se recogía ya en la Orden de 21 de noviembre de 1979), coincide con la Ley estatal 16/1997 (art. 3.2), y respeta la competencias estatales básicas (arts. 2.1, 2.2, 2.5, 4, 5 y 6 de la Ley 16/1997), debiendo discriminarse los principios sustantivos de la norma estatal básica, de los principios procesales materiales de la norma autonómica de desarrollo (en todo caso respetuosos con aquélla); concluyendo que el principio citado de transparencia lleva implícito los principios omitidos de mérito y capacidad.

Respecto de la valoración de la «integración profesional en el ámbito de la Comunidad Autónoma» no aprecia vulneración del art. 14 ni del art. 139 CE ya que las competencias extremeñas son de desarrollo (que incluye la capacidad de legislar dentro de las bases), y no de mera ejecución (art. 8.5 del Estatuto de Autonomía de Extremadura); la valoración de dicha circunstancia en el baremo fue reducida proporcionalmente a 0'25 puntos; tiene por finalidad potenciar un determinado colectivo (como sucede con el idioma en otras Comunidades Autónomas); no perjudica al régimen de libre establecimiento europeo, en cuanto que la normativa de la Unión Europea en la materia no está todavía integrada ni homogeneizada; y el régimen plasma la idiosincrasia extremeña (poblaciones alejadas, envejecimiento de la población, experiencia previa sobre integración, etc.).

La exclusión de la participación de mayores de 65 años en los procedimientos de autorización de establecimientos farmacéuticos se reputa igualmente constitucional, al tratarse del ejercicio de una profesión liberal de interés público. La Junta de Extremadura justifica el precepto en que la tramitación del concurso de adjudicación tarda una serie de años, por lo que si el concursante tiene 65 años al comienzo, en el momento de la adjudicación estará próximo a finalizar su actividad profesional, y lo único que le cabrá es vender el despacho de farmacia, en contra de la finalidad de estímulo que persigue la ley, y en perjuicio del servicio a los ciudadanos, a quienes se despacharán fármacos por personas de avanzada edad; además, los 65 años están fijados en otros ámbitos del ordenamiento como edad de jubilación sin entrañar inconstitucionalidad, como señalaba la STC 37/2004.

13. El Letrado de la Asamblea de Extremadura se personó mediante escrito de 14 de diciembre de 2005 solicitando la desestimación de la cuestión, primero por haber derivado el objeto de ésta sobre una ley autonómica no susceptible de recurso de casación (procedimiento en el que se planteó la cuestión), en lugar de sobre un decreto autonómico; segundo, porque no concurre vulneración de las competencias básicas del Estado; en tercer lugar, porque la STC 109/2003, de 5 de junio, no acordó la inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley de Extremadura 3/1996 ahora cuestionada; en cuarto lugar, porque los principios de transparencia y publicidad señalados por la Comunidad Autónoma no contradicen, sino que incluyen los del mérito y la capacidad; en quinto lugar, porque el mérito de la integración profesional en la Comunidad Autónoma está justificado en las propias competencias y en la estructura social y económica de Extremadura; en sexto lugar, porque el fomento del empleo tiene por finalidad paliar el paro juvenil en Extremadura; y en séptimo lugar, porque la exclusión de los mayores de 65 años queda justificada por las características del puesto de trabajo y su desempeño eficaz (SSTC 75/1983 y 37/2004) y el peligro potencial de los fármacos.

14. Por providencia de 18 de octubre de 2011 se señaló para deliberación y fallo el día 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación núm. 8-3791-2001, respecto del art. 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica, desarrollada por el Decreto 121/1997, principalmente, en lo relativo al establecimiento de un concurso público para la autorización de nuevas oficinas de farmacia, y subsidiariamente, por la introducción como méritos baremados de «la integración profesional en el ámbito de la comunidad autónoma» y de «medidas de fomento, mantenimiento y creación de empleo» (párrafo cuarto del art. 11 Ley 3/1996), y la exclusión de «farmacéuticos que tenga más de 65 años al inicio del procedimiento de concurso (párrafo noveno del art. 11 Ley 3/1996). Tales previsiones vulnerarían los arts. 149.1.16 y art. 149.3 CE (competencias básicas del estado en materia de sanidad y productos farmacéuticos) y arts. 14, 139 y 23.2 CE (principio de igualdad e interdicción de la discriminación; identidad de derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio y libre circulación y establecimiento de personas; acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas).

El Fiscal General del Estado interesa la estimación de la cuestión y la declaración de inconstitucionalidad del art. 11, párrafos 4 y 9 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996, que establecen «la integración profesional en el ámbito de la comunidad autónoma» como mérito preferente en los concursos y «la prohibición a mayores de 65 años de participar» en éstos, al lesionar injustificada y desproporcionadamente el principio de igualdad (art. 14 CE), y entrañar una restricción al principio de libre circulación y establecimiento en el territorio español (art. 139.1 y 2 CE). Sin embargo no considera inconstitucional ni el establecimiento del concurso como procedimiento de autorización (con los principios de transparencia y publicidad), ni la baremación como mérito en esos concursos de «medidas de fomento, mantenimiento y creación de empleo».

Los Letrados del Gobierno de la Junta y de la Asamblea de Extremadura solicitan la desestimación de la cuestión, primero porque lo impugnado en el proceso contencioso-administrativo era un Decreto, y sin embargo ha motivado el cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional de una ley autonómica, produciendo un efecto «fraudulento» ya que la impugnación de ésta no puede acceder a la casación. Segundo, porque la STC 109/2003, de 5 de junio, enjuició determinados preceptos de la Ley extremeña 3/1996 y no declaró la inconstitucionalidad del art. 11. Tercero, porque el establecimiento de un procedimiento de concurso para la autorización de apertura de oficinas de farmacia en Extremadura, conforme a los principios de publicidad y transparencia, respeta las competencias estatales básicas. Cuarto, porque la valoración del mérito de «integración

profesional» en el territorio de la comunidad autónoma ha sido minimizado (de 0'50 a 0'25 con máximo de 10 puntos), reflejando la idiosincrasia extremeña, y no entrañando discriminación alguna para el resto de los farmacéuticos españoles o europeos. Quinto, porque la interdicción en los concursos de adjudicación de los mayores de 65 años, tiende a prevenir que la adjudicación finalice en la venta del despacho de farmacia autorizado, y persigue estimular el empleo juvenil de farmacéuticos, y porque los límites de edad han sido declarados constitucionales reiteradamente por el Tribunal Constitucional.

2. Con carácter previo al análisis del fondo de la cuestión de inconstitucionalidad, debemos transcribir el tenor del precepto cuestionado y efectuar una serie de precisiones sobre los óbices opuestos.

a) El art. 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996 cuestionado decía en sus párrafos cuarto y noveno:

«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 y empadronamiento mínimo de tres años en el ámbito de esta Comunidad Autónoma.

Medidas de fomento, mantenimiento y creación de empleo.

...

En ningún caso podrán participar en el procedimiento de autorización de Oficina de Farmacia los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años al inicio del procedimiento».

El tenor del párrafo 4 (punto cuarto) fue modificado como consecuencia de la reforma operada por Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1997, de 16 de enero, pasando a decir simplemente: «Valoración de la integración profesional en ámbito de esta Comunidad Autónoma».

b) Respecto de los óbices procesales, debemos hacer las siguientes puntualizaciones:

En primer lugar, en contra de lo que opinan los representantes de la Junta y de la Asamblea de Extremadura, el hecho de que el precepto cuestionado en este proceso constitucional sea de una ley autonómica, mientras que los preceptos recurridos en el proceso *a quo* sean los de un Decreto autonómico (en concreto los del baremo anexo), no constituye un óbice para la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 11 de la Ley de Extremadura 3/1996, ya que —como reconocen los propios representantes de la Junta— el Decreto impugnado es de mera ejecución y desarrollo de la disposición legal, de suerte que la norma aplicable al supuesto de cuya validez depende el fallo es la contenida en los incisos cuestionados del artículo de la ley. Así lo hemos reiterado entre otras en STC 148/2006, de 11 de mayo, FJ 1: «Esta pretensión no puede prosperar por un doble motivo. Por un lado, porque, como hemos señalado en otros supuestos en que las cuestiones de inconstitucionalidad también tenían su origen en procedimientos de impugnación directa de normas reglamentarias que desarrollaban las concretas disposiciones legales cuestionadas (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 1; 183/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; y 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4), en estos casos se da el requisito de la relevancia siempre que el proceso *a quo* no pueda resolverse sin despejar las dudas de constitucionalidad que afectan a dichas disposiciones legales, y siempre que, asimismo, la exteriorización del juicio de relevancia por parte del órgano judicial ponga de relieve la conexión entre los preceptos reglamentarios ante él

impugnados y estas últimas. Por otro, porque, aun cuando en algunos de los anteriores pronunciamientos hemos considerado que el juicio de relevancia presenta matices singulares en estos supuestos, por cuanto el carácter concreto del control de constitucionalidad queda algo diluido, la íntima vinculación del juicio de relevancia con el origen de la cuestión de inconstitucionalidad, que es donde reside realmente su carácter concreto, nos han llevado finalmente a adaptar los requisitos generales de tal juicio a este tipo de supuestos, exigiendo que los órganos judiciales exterioricen el carácter prejudicial de la duda de constitucionalidad y la conexión entre los preceptos reglamentarios ante él impugnados y los preceptos legales que se vienen a desarrollar a los cuales se imputa la duda de constitucionalidad».

En segundo lugar, el hecho de que la STC 109/2003 declarase exclusivamente la inconstitucionalidad del art. 14 (párrafo 1) y de la disposición transitoria tercera (párrafo 1) de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica, tampoco constituye un óbice para la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad — como plantea el Letrado de la Junta—, dada la diferente naturaleza y objeto (por todas STC 17/1981, de 1 junio, FJ 1) de aquel procedimiento de inconstitucionalidad (recurso directo) y el presente (recurso indirecto); puesto que la tramitación de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la ley, no impide el ulterior planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de otros preceptos, ni significa que el resto de los preceptos no impugnados en el primer procedimiento hayan sido enjuiciados como constitucionales. En este orden señalamos en STC 161/1997, de 2 octubre, FJ 2: «para distinguir la cuestión del recurso de inconstitucionalidad, en algunas Sentencias de este Tribunal se haya calificado a la primera como proceso de control concreto, con esta expresión se ha querido destacar que es un proceso que tan sólo puede plantearse con ocasión de la aplicación del precepto cuestionado a un caso concreto y siempre que de su validez dependa el fallo suspendido en el proceso judicial; sin embargo, una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es en lo sustancial idéntico al del recurso de inconstitucionalidad, ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de la constitucionalidad. Lo que acaba de decirse no significa que en algún supuesto específico no quepa limitar la cuestión de inconstitucionalidad a un inciso concreto de un determinado precepto legal; sin embargo, esta posibilidad dependerá, en principio, de la concurrencia de dos circunstancias fundamentales: primero, de si el tenor literal del enunciado normativo regula de forma diferenciada distintos supuestos y, en segundo lugar, si éstos suscitan problemas sustancialmente diversos desde la perspectiva constitucional que suscita la duda de inconstitucionalidad».

En tercer lugar, el hecho de que —como alega el Letrado de la Junta— parte del precepto cuestionado de la Ley extremeña 3/1996 (art. 11, párrafo 4) fuese posteriormente modificado por la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1997, no significa que haya desaparecido el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que la reforma se limitó a eliminar el «empadronamiento mínimo de tres años» pero mantuvo la valoración en el concurso de autorización de apertura de farmacias del mérito «integración profesional en el ámbito de esta Comunidad Autónoma». Igualmente, la anterior puntuación de dicho criterio de valoración —que también se ha cuestionado en el juicio de relevancia («intangibles» ex STC 141/2008, de 30 de octubre FJ 4) del Tribunal Supremo— se ha consolidado y perpetuado subsistente, respecto de los procedimientos ya resueltos con arreglo a aquella valoración, revistiendo el presente examen de constitucionalidad interés sólo para aquellos procedimientos de autorización no finalizados. Así no hacemos más que asumir el criterio de, entre otras, la STC 179/2006, de 13 de junio, FJ 2: «es doctrina reiterada de este Tribunal la de que en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no

aplicable aquélla en el proceso *a quo* y de su validez dependa la decisión a adoptar en éste (entre las últimas, SSTC 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 2; 10/2005, de 20 de enero, FJ 2; 102/2005, de 18 de abril, FJ 2; y 121/2005, de 10 de mayo, FJ 3)».

3. Despejadas las dudas respecto de la admisión y objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, estamos en condiciones de analizar el fondo de la misma, comenzando por el análisis de la constitucionalidad de la introducción por el art. 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura de atención farmacéutica del procedimiento de concurso público como modo exclusivo para la autorización de nuevas oficinas de farmacia, para lo cual hemos de partir de los postulados de la STC 109 /2003 de 5 de junio, cuando decíamos en el fundamento jurídico 3: «la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia (STC 32/1983) se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados» (STC 80/1984, FJ 1) ... La autorización administrativa exigible para la apertura de las oficinas de farmacia constituye, sin duda, un requisito de organización y funcionamiento de un establecimiento sanitario, cuyo alcance y contenido debe ser examinado de acuerdo con la distribución de competencias en materia de «sanidad» ... en materia de «sanidad» al Estado le corresponde el establecimiento de la normativa básica (art. 149.1.16 CE), mientras que las Comunidades Autónomas recurrentes tienen atribuido el desarrollo legislativo y la ejecución de dichas bases (arts. 8.3 Estatuto de Autonomía de Extremadura y 32.3 Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha)». En esta misma línea de insistir en el carácter público de la prestación del servicio farmacéutico, recordábamos en el fundamento jurídico 14 que «el desempeño de la titularidad de una oficina de farmacia ... en la medida que se conecta a intereses constitucionales relevantes, como son los relativos a la protección de la salud (art. 43 CE), permite el establecimiento de controles por parte de los poderes públicos», que el «titular de un establecimiento de farmacia (que) presta un servicio público en las condiciones que a la Comunidad Autónoma compete establecer y con las obligaciones que de dicha condición se derivan»; y en el fundamento jurídico 15 reiterábamos que «las oficinas de farmacia han sido configuradas por el legislador como 'establecimientos sanitarios privados de interés público', pues esta dimensión pública justifica en mayor medida la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio farmacéutico» y hablábamos de «publicación del servicio sanitario (STC 17/1990, de 7 de febrero)».

De esta doctrina se puede concluir que la regulación de un concurso para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia por parte de la Comunidad Autónoma de Extremadura recogido en el art. 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica no contradecía —en este extremo— las bases estatales arriba descritas, derivadas del art. 149.1.16 CE, máxime si el art. 3.2 de la Ley 16/1997 de oficinas de farmacia (opuesto como norma estatal básica de contraste), carecía de tal carácter básico (según la disposición final de la Ley 16/1997).

A mayor abundamiento, los principios de mérito y capacidad no pueden quedar excluidos en los concursos de autorización de oficinas de farmacia en el ámbito de Extremadura, ya que —como hemos visto— tratándose una «actividad privada» de incuestionable «interés público» (sujeta al régimen de autorización), aun sin ser acceso a la función pública *stricto sensu*, resulta ineludible aplicar tales principios del mérito y capacidad en el acceso al ejercicio de funciones propias del servicio farmacéutico, pudiendo entenderse —como sugiere el Letrado de la Junta de Extremadura— que estas

indicaciones están ínsitas en el principio de transparencia (recogido en el art. 11 de la Ley 3/1996). Todo ello sin perjuicio de que los principios del mérito y la capacidad resulten constitucionalmente exigibles como consecuencia del deber de la Administración pública (también de la autonómica) de servir a los intereses generales con objetividad (art. 103.1 CE) y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Este criterio vendría confirmado por la actual redacción del art. 25.1 de Ley 6/2006 de farmacia de Extremadura, normativa en vigor de la Junta en la materia, que junto a los principios de publicidad y transparencia incluye los de mérito y capacidad.

4. Respecto de la posible inconstitucionalidad de los incisos cuestionados (criterios de valoración baremados) del art. 11 de la Ley de Extremadura 3/1996, por vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE, su análisis debe ser enmarcado en primer lugar, en la doctrina sobre el principio de igualdad y la interdicción de la discriminación, reiterada en STC 63/2011, de 16 de mayo (FJ 3), distinguiendo entre la cláusula general de igualdad, [inclusiva del derecho subjetivo a la igualdad en la ley —y en la aplicación de la misma— exigiendo justificación «objetiva y razonable» de la diferencia (conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados), y proporcionalidad (en atención a la finalidad perseguida)] con la interdicción de la discriminación por los motivos de «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión» u «otra condición o circunstancia individual o social» [(en *numerus apertus* conforme al art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966) expresamente excluida, exigiendo un canon mucho más estricto, así como mayor rigor respecto de la proporcionalidad], correspondiendo la carga de justificar la diferenciación a quien asume su defensa.

Asimismo, y en segundo lugar, los preceptos deben ser contrastados con la igualdad en el plano territorial del art. 139.2 CE, respecto de la cual (STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 15): «no toda medida que incida sobre la circulación de bienes y personas por el territorio nacional es necesariamente contraria al art. 139.2 CE, sino que lo será cuanto persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2, y 64/1990, de 5 de abril, FJ 5). De esta forma, será admisible desde la perspectiva del art. 139.2 CE la adopción de medidas económicas diversas para distintas partes del país siempre que las medidas divergentes resulten proporcionadas al objeto legítimo que se persigue, 'de manera que las diferencias y peculiaridades en ellas previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles' (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6, y 64/1990, de 5 de abril, FJ 5)».

Hemos de señalar:

a) Respecto de la «valoración de la integración profesional y empadronamiento mínimo de tres años en el ámbito de esta Comunidad Autónoma» (dado que la versión del art. 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996 cuestionada es la vigente entre el 3 de julio de 1996 y el 30 de enero de 1997) mantiene la representación de la Junta y de la Asamblea de Extremadura que dicho criterio es constitucional por «haber sido establecido en el ámbito de sus competencias», «responder a la realidad geográfica (alejamiento de poblaciones) y demográfica (envejecimiento) de Extremadura», habiendo resultado mitigado proporcionalmente en el desarrollo reglamentario (bajando su calificación de 0'50 a 0'25), y resultar equiparable al «establecimiento de méritos para potenciar un determinado colectivo (como por ejemplo por razón del idioma)»

Aun pudiendo partirse de la existencia de una realidad geográfica y demográfica propia en Extremadura (cada vez más tenue, merced a la globalización), ello no es nada más que una circunstancia objetiva (como la que pudiera existir en otras partes del territorio nacional). Sin embargo, lo que debería justificarse desde la óptica de la igualdad es la «razonabilidad» y «proporcionalidad» de dichos elementos objetivados. Desde el punto de vista de la razonabilidad, si la finalidad del servicio farmacéutico es la mejor dispensa y consejo en el suministro de medicamentos y fórmulas magistrales a los

extremeños, por los farmacéuticos *a priori* con mejores conocimientos, más capaces y con mayor experiencia profesional, nada de esto tiene que ver con la realidad geográfica o demográfica esgrimida, que aunque pudiera adquirir trascendencia en el ámbito de la planificación, no puede ser valorada de nuevo (hiper-ponderada) en el de la autorización. Mucho menos razonable resulta la pretendida equiparación en «la potenciación de un determinado colectivo» —poniendo como ejemplo el idioma autonómico—, puesto que —incumpliendo la carga argumentativa exigible— no se justifica de qué manera dicho colectivo ha sido preterido anteriormente (o la necesidad de que, con arreglo a criterios constitucionales, deba ser protegido *ad futurum*), y menos aún cómo resulta equiparable (ausencia de término de comparación) el ejercicio de una profesión con el habla de una lengua autonómica.

Por ello podemos concluir que si bien la justificación pudiere estar objetivada, en ningún caso la podemos estimarla constitucionalmente razonable. Y más aún desde la perspectiva de la proporcionalidad, que exige que la diferenciación no sea determinante de una discriminación: en igualdad de circunstancias profesionales, la atribución de cualquier valoración objetivada del empadronamiento y/o de la integración regional, aunque sea mínima, determinaría en caso de empate, ulteriormente la adjudicación de autorizaciones en favor de los vecinos de la Comunidad Autónoma, lo cual produce el efecto desproporcionado odioso, prohibido por la interdicción de discriminación del art. 14 CE.

Esta decisión vendría confirmada por el legislador autonómico, cuando ha prescindido de tal criterio discriminatorio en el art. 27.3 de la posterior Ley 6/2006 de farmacia de Extremadura.

b) Respecto del criterio de «medidas de fomento, mantenimiento y creación de empleo», apenas el Letrado de la Junta reitera «la propia estructura social y económica» de la Comunidad Autónoma mientras que el Letrado de la Asamblea habla de «endémica cuestión extremeña: el desempleo estructural endémico de una región escasamente industrializada»; por su parte el Fiscal General del Estado dice que «el farmacéutico es un empresario», y que «las medidas resultan justificadas en atención al volumen de facturación de la oficina de farmacia».

Ciertamente, en este caso nos encontramos en un supuesto genérico de desigualdad, en el que se esgrime una realidad objetiva e incontestable, cual es «las altas tasas de desempleo existentes» en la Comunidad Autónoma, frente a las cuales se pretende luchar en el ámbito de la ordenación farmacéutica, estimulando la contratación de farmacéuticos (adjuntos, sustitutos, etc.) y de otros empleados, premiando a los empleadores farmacéuticos que adquieran el compromiso de crear nuevos puestos y/o mantener la oficina de farmacia abierta. La justificación aparece como razonable y razonada en el propio ámbito de competencias autonómicas de fomento del empleo (art. 7.5 del Estatuto de Autonomía de Extremadura), y para estimular la creación de empleo en zonas profundamente afectadas por el paro, resultando sus efectos proporcionados, en abstracto, respecto a la finalidad perseguida; sin que entrañe discriminación alguna.

c) Respecto de la prohibición de «participar en el procedimiento de autorización de oficina de farmacia los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años al inicio del procedimiento», se justifica por la representación de la Junta y de la Asamblea de Extremadura en que la duración del proceso de concurso «evita que los adjudicatarios, en lugar de ejercer la farmacia, traspasen lucrativamente el establecimiento», sin perjuicio de que el límite de edad haya sido constitucionalmente aceptado por el Tribunal en otros casos (STC 37/2004, de 11 de marzo), resultando la edad de 65 años la correspondiente a la jubilación, en las que las personas «no pueden hacerse cargo de un servicio público que por sus propias características requiere una capacidad física y psíquica adecuada».

Sin perjuicio de la escasa argumentación de los representantes del Gobierno y la Asamblea Extremeña (basada en presunciones incondicionales y eventualidades), en reciente SSTC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 4 a) y b); 79/2001, de 6 de junio y 117/2011, de 14 de julio, hemos declarado la inconstitucionalidad de la prohibición del acceso a autorizaciones de nuevas oficinas de farmacia a mayores de 65 años (respecto de

idéntica cláusula contenida en el art. 22.6 de la Ley 4/1996 de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha), al considerarla una discriminación arbitraria por razón de la edad, que no queda justificada en que «a los 65 años la mayoría de los españoles cesan en la actividad laboral, en que la indicada es la edad prevista para la jubilación en la normativa laboral en sentido lato, y en que en consecuencia a partir de dicha edad sean crecientes las dificultades de adaptación»; concluyendo que no se trataba «de una medida de acción positiva dirigida a equilibrar la desfavorable situación de partida de los integrantes de un grupo desfavorecido», sino de una medida desproporcionada en atención a «la amplitud del colectivo privilegiado», su exclusión radical, cercenando el ejercicio de una actividad empresarial más allá de dicha edad, y que, además, no garantiza la contratación de nuevos profesionales. Iguales argumentos deben ahora emplearse para estimar la inconstitucionalidad de este párrafo noveno del art. 11 de la Ley extremeña 3/1996, al lesionar el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

FALLO

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

Ha decidido

1.º Estimar parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad núm. 251-2005 planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y en consecuencia:

2.º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 11, párrafo cuarto, punto cuarto, y párrafo noveno, de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica.

3.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil once.—Pascual Sala Sánchez.—Eugení Gay Montalvo.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.