

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**6488** *Sala Segunda. Sentencia 78/2012, de 16 de abril de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 4362-2011. Planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el párrafo segundo del art. 34.2 de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Discriminación por razón de edad: nulidad del precepto legal que limita el otorgamiento de autorización para la apertura de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años exclusivamente al supuesto de que no existan otras solicitudes (STC 63/2011).*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Eugeni Gay Montalvo, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, 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 número 4362-2011 planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Han comparecido y formulado alegaciones el Parlamento y el Gobierno Vasco, el Fiscal General del Estado y las representaciones procesales de las partes en el proceso *a quo*. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal el día 22 de julio de 2011 al que se adjunta el Auto de 15 de julio de 2011, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por posible vulneración de los arts. 14 –en su aspecto de igualdad en la ley– 36 y 38 CE, así como por infracción de los arts. 88 y 89 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, preceptos declarados básicos en materia de sanidad.

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

a) Por Orden de 28 de mayo de 2007 del Consejero de Sanidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco se anunció el inicio del procedimiento para la creación de una nueva oficina de farmacia en la zona farmacéutica de Vitoria-Gasteiz, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 338/1995, de 27 de junio, por el que se regulan los procedimientos de creación, traslado, cierre y funcionamiento de las oficinas de farmacia, modificado por Decreto 24/2004, de 3 de febrero. A la convocatoria se presentaron 38 solicitudes, entre ellas la del demandante en el proceso *a quo*, don F. E. S.

b) La comisión de evaluación aprobó la lista definitiva de participantes y realizó la valoración de méritos de conformidad con el baremo con fecha 9 de abril de 2008, figurando el demandante como el concursante con mayor puntuación.

c) La resolución de la Dirección General de farmacia (Consejería de Sanidad) de 8 de junio de 2008 denegó la solicitud del demandante de creación de una oficina de farmacia por haber alcanzado la edad de sesenta y cinco años el día 5 de junio de 2008 y toda vez que el art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica del País Vasco, dispone que las solicitudes de apertura de oficinas de farmacia sólo pueden resolverse a favor de farmacéuticos de sesenta y cinco años cuando no existan otras solicitudes en el mismo expediente.

d) Contra dicha resolución de 6 de junio de 2008 el demandante formuló recurso de alzada, que fue desestimado por resolución de 21 de julio de 2008 del Viceconsejero de Sanidad del Gobierno Vasco, resolución sobre la que se ha planteado recurso contencioso-administrativo y que constituye el objeto del proceso *a quo*.

e) Por providencia de 5 de mayo de 2011, en plazo para dictar Sentencia, se solicitó a las partes del proceso y al Ministerio Fiscal que expresaran su opinión sobre la posible vulneración por el art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994 de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de los arts. 14, en su aspecto de igualdad en la ley, 36 y 38 CE, así como de los arts. 88 y 89 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, preceptos de carácter básico (art. 149.1.16 CE) que reconocen los derechos recogidos en los citados preceptos constitucionales.

f) El trámite sólo fue evacuado por la parte actora del proceso *a quo* y por el Ministerio Fiscal, que no se opusieron al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, sin que lo hicieran la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, parte demandada, ni la codemandada, doña A.I.R.R.

3. El Auto de planteamiento de la cuestión, tras hacer referencia a los antecedentes del caso, se detiene en la exposición de los requisitos que el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) exige para el planteamiento por los órganos judiciales de las cuestiones de inconstitucionalidad, explicitando que la demanda incluye entre sus argumentos que la imposición de una limitación de edad para acceder a las nuevas oficinas de farmacia incurre en inconstitucionalidad. En razón a todo ello y a que la cabecera del debate en el proceso contencioso-administrativo es la resolución de 21 de julio de 2008, del Viceconsejero de Sanidad del Gobierno Vasco –por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 6 de junio de 2008, del Director General de farmacia, que denegó la solicitud de creación de una oficina de farmacia en Vitoria-Gasteiz–, que se sustenta en lo dispuesto en el art. 34.2, segundo párrafo, de la Ley 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el órgano judicial determinó dirigirse a las partes del proceso y al Ministerio Fiscal, a través de la providencia correspondiente, recabando su opinión sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, según exige el art. 35 LOTC.

Se detiene el Auto en la consideración de que el art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley vasca 11/1994 es de aplicación al caso y satisface el juicio de relevancia exigible para el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, planteamiento que se realiza, según el Auto, en los términos de la providencia dirigida a las partes del proceso y al Ministerio Fiscal al hacer referencia, de un lado, al precepto que pudiera incurrir en inconstitucionalidad –art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley 11/1994– y, de otro, a los preceptos constitucionales que pudieran haberse vulnerado.–arts. 14, en su vertiente de igualdad en la ley, 36 y 38 CE–, en su conexión con los arts. 88 y 89 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, preceptos estos últimos de carácter básico.

Tras ello el Auto hace alusión al Auto del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2009, que planteó la cuestión de inconstitucionalidad frente al inciso inicial del art. 24.4 de la Ley de las Cortes de Aragón 4/1999, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica de Aragón, admitida a trámite por el Tribunal Constitucional. Cuestión de inconstitucionalidad que suscita similar problemática a la que ahora se promueve, esto es, a la circunstancia de la edad como elemento limitativo de la apertura de oficinas de farmacia.

Por último, el Auto de planteamiento alude a diversas cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional en relación con diversos preceptos de leyes autonómicas que contienen prescripciones limitativas del acceso a las oficinas de farmacia por razón de edad (cita las cuestiones de inconstitucionalidad 6191-2001; 296-2003; 7754-2004; 12-2005; 251-2005 y 6725-2009), concluyendo que la reciente STC 63/2011, de 16 de mayo, ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad 6191-2001, cuya argumentación, que reproduce, considera que sustenta la argumentación de fondo de la presente cuestión.

4. Mediante providencia de 13 de septiembre de 2011, el Pleno, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir su conocimiento a la Sala Segunda, a la que, por turno objetivo, le ha correspondido. Igualmente se acordó dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, así como al Parlamento y al Gobierno Vasco, al objeto de que pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes en el plazo de quince días. Asimismo se dispuso la comunicación de la admisión a trámite de la cuestión a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta la resolución de la cuestión. Finalmente se ordenó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial del País Vasco».

5. El día 21 de septiembre de 2011 la representación procesal de don F.E.S., parte actora en el proceso *a quo*, compareció en el proceso solicitando ser tenido por personado y parte. Por diligencia de ordenación de 10 de octubre de 2011 la Sala Segunda le concedió un plazo de quince días para formular las alegaciones que estimase convenientes. La representación procesal de don F.E.S. presentó sus alegaciones por escrito registrado el día 19 de octubre de 2011 en las que interesa la estimación de la cuestión por los motivos siguientes.

Alude, en primer lugar, a la existencia de decisiones recientes del Tribunal Constitucional (con cita de las SSTC 63/2011, 79/2011 y 117/2011) que serían de aplicación al caso ahora planteado en cuanto que todas ellas se refieren a normas autonómicas que impedían participar en los procedimientos de instalación de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años y en las que se ha apreciado que la limitación establecida no es constitucionalmente admisible porque no resulta ni idónea ni proporcionada respecto de la finalidad pretendida de favorecer el acceso de profesionales jóvenes y de mediana edad, produciendo en cambio la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años de forma injustificada. Examinando la regulación contenida en la norma vasca concluye que la misma impone una restricción aun más injustificada y netamente discriminatoria, en cuanto que impide que todos los participantes en un procedimiento selectivo de adjudicación de nueva oficina de farmacia puedan obtener una nueva autorización cuando superen los sesenta y cinco años. Tal restricción no aparece justificada, pues no se puede argumentar la falta de capacidad o aptitud del farmacéutico, ni existen peculiaridades que diferencien a unas oficinas de farmacia de otras, ni a unos farmacéuticos de otros. Se trataría entonces de una regulación análoga a otras ya anuladas, constitutivas de una discriminación por razón de edad contraria al art. 14 CE.

6. Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 23 de septiembre de 2011 el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el presente proceso y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. Con fecha 23 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Abogado del Estado por el que se personó en el proceso en nombre del Gobierno y manifestó su intención de no formular alegaciones, aunque solicitó que se le comunicara en su día la sentencia que ponga fin al proceso.

8. El Presidente del Congreso de los Diputados, en escrito registrado en el Registro General de este Tribunal el 5 de octubre de 2011 comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado la personación en dicho procedimiento y el ofrecimiento de su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

9. El día 13 de octubre de 2011 el Letrado del Parlamento Vasco compareció en el proceso interesando la desestimación de la cuestión planteada, de acuerdo con las alegaciones que se resumen a continuación.

Tras aludir al objeto del proceso rechaza la pertinencia de cuestionar el precepto legal por ser contrario a los arts. 36 y 38 CE ante la carencia de razonamiento al respecto en el auto de planteamiento de la cuestión, de modo similar a lo ya declarado por el Tribunal Constitucional en la STC 117/2011, de 4 de julio, así como por tratarse de tachas que carecen de entidad autónoma sino que se encuentran estrictamente subordinadas a la eventual conculcación del principio de igualdad. Por ello, entiende que la presente cuestión se sustenta exclusivamente sobre la base de una lesión del principio de igualdad y en ello agota su fundamentación.

Señala a continuación que el presente caso tiene evidentes conexiones con los ya decididos por el Tribunal Constitucional en las SSTC 63/2011, 79/2011 y 117/2011, pero también presenta aspectos que lo diferencian por cuanto la norma cuestionada no impide a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años participar en el procedimiento sino que los posterga frente a cualquier otro solicitante de mayor edad estableciendo, no una regla de exclusión, como en los casos ya enjuiciados, sino una de preterición. Por otra parte indica que la norma cuestionada no puede analizarse aisladamente mediante su confrontación con el art. 14 CE, pues se trataría de una pieza de una regulación más general y en la que el dato de la edad del farmacéutico informa diferentes extremos de la normativa.

Hace alusión a continuación al papel central del farmacéutico en la prestación de un servicio de interés público en materia sanitaria, lo que justifica también que la apertura de nuevas farmacias esté sometida a autorización administrativa en un proceso en el que los méritos del farmacéutico son determinantes a la hora de obtener la autorización de apertura de una nueva farmacia, de manera que las transmisiones están sometidas a dicho régimen, autorizándose a favor del solicitante con mayor puntuación. Este régimen tiene una excepción en el caso de transmisiones a favor de los hijos, padres, nietos, hermanos o cónyuge del farmacéutico titular, conforme al art. 17.3 de la propia Ley vasca, que pretende garantizar la sucesión familiar en la gestión empresarial de la oficina de farmacia. Alude igualmente el Letrado del Parlamento Vasco al hecho de que, a diferencia de otras normas autonómicas que imponen la caducidad de las autorizaciones, la normativa vasca ha optado, en atención a la dimensión privada de la actividad farmacéutica, por modular las consecuencias de la edad del farmacéutico fundamentalmente mediante la regulación de la figura del farmacéutico adjunto, cuya presencia es obligatoria cuando el titular tiene más de setenta años.

Enmarcada la cuestión en tales términos, lo que ha de decidirse es si en este sector de interés público trascendente, objeto de planificación y sometido a autorización, está justificado que el legislador, a la hora de conceder nuevas autorizaciones, postergue a los farmacéuticos que han cumplido sesenta y cinco años frente a los de menor edad y si esa medida es idónea y proporcionada a los fines que persigue. Así estima que dicha regla de preterición no supone un sacrificio desmedido, por cuanto pretende garantizar una cierta estabilidad y permanencia en la ordenación farmacéutica, ya que los titulares de sesenta y cinco años no pueden garantizarla en la misma medida que los más jóvenes, los cuales, por otra parte, verían dificultada su incorporación. Además indica que el criterio de la antigüedad, entendido como años de ejercicio profesional, conduce a resultados absurdos

si no se le pone un límite o freno, que es lo que hace la regla de preterición de los mayores de sesenta y cinco años ahora cuestionada, en cuanto que, al limitar la fuerza del criterio de la experiencia profesional acumulada, reintroduce un mínimo de equilibrio en un baremo que de otra manera favorecería de manera directamente proporcional la mayor edad de los solicitantes. Asimismo, está regla impediría o limitaría la transmisión de oficinas de farmacia entre personas del mismo círculo familiar, a fin de preservar un mínimo de equidad en la atribución de las autorizaciones y, por esa vía, defender la calidad de la atención farmacéutica. Concluye la representación procesal del Parlamento Vasco afirmando que las consecuencias de la regla de preterición no son en absoluto desmedidas atendiendo a la doctrina constitucional acerca de la caducidad de las oficinas de farmacia (STC 152/2003), pues, en ese caso, no hay autorización que pierda vigor y se puede seguir desarrollando indefinidamente la actividad.

10. Por escrito registrado en el Registro General de este Tribunal Constitucional el día 13 de octubre de 2011 la representación procesal del Gobierno Vasco compareció en el proceso, solicitando ser tenido por personada y parte. Por diligencia de ordenación de 20 de octubre de 2011 la Sala Segunda le concedió un plazo de quince días para formular las alegaciones que estimase convenientes. El Gobierno Vasco formuló sus alegaciones mediante escrito registrado el día 16 de noviembre de 2011 interesando la desestimación de la cuestión por los motivos siguientes.

Tras estimar cumplidos los requisitos a los que se refiere el art. 35 LOTC señala su disenso respecto de las razones que llevan al órgano judicial a apreciar que el precepto pudiera ser contrario a los arts. 14, 36 y 38 CE.

En cuanto a la denunciada vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE destaca la Letrada autonómica la singularidad que presenta la norma cuestionada, en tanto que la misma no prohíbe la participación de los farmacéuticos que hayan cumplido la edad de sesenta y cinco años en los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia. Circunstancia que impediría la automática traslación que realiza el Auto de planteamiento de los fundamentos de inconstitucionalidad en que se apoyó el Tribunal Supremo en relación con una Ley aragonesa respecto de la que la Ley 11/1994 presenta caracteres propios y singulares. Es por ello que la representación procesal del Gobierno Vasco considera dudosa la viabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad en tanto el Auto de planteamiento no justifica la infracción denunciada al principio de igualdad.

Entrando ya en la justificación de la norma cuestionada, la Letrada del Gobierno Vasco alude, en primer lugar, a las peculiaridades del régimen autorizador de las oficinas de farmacia y sus consecuencias en la materialización del principio de igualdad en el acceso a la autorización farmacéutica. Así, partiendo de la consideración de las farmacias como establecimientos sanitarios privados de interés público, se establece un régimen de intervención administrativa que se materializa en la necesidad de autorización y en la sujeción a planificación sanitaria en cuanto a la distribución del número de oficinas de farmacia, en atención a dos criterios predefinidos, población y régimen de distancias. La primera consecuencia de lo anterior es la limitación del número de autorizaciones que se pueden conceder, lo que demanda el establecimiento de un procedimiento de concurrencia competitiva para su otorgamiento, asentado sobre el principio de mérito y capacidad. Dicho sistema, sin embargo, no puede evitar la existencia de comportamientos especulativos vinculados a la titularidad de las oficinas de farmacia, lo que determina que, en estos procedimientos autorizatorios, los principios de igualdad, mérito y capacidad aparecen subordinados a las consecuencias que derivan de la circunstancia de que la oficina de farmacia sea objeto de tráfico mercantil de suerte que se permita la transmisión onerosa de la misma a favor de terceros. A ello se añaden otra serie de mecanismos privilegiados de acceso a la autorización de la oficina de farmacia por parte de quien sea hijo, padre, nieto o cónyuge del titular que hacen que el acceso a la titularidad de las oficinas de farmacia en plano de igualdad se vea menoscabado, régimen que no es sino consecuencia lógica de la naturaleza privada de la actividad pues el farmacéutico titular ejerce funciones propias de los profesionales liberales.

En ese contexto en el que muchos farmacéuticos se ven impedidos al acceso de la profesión la Ley 11/1994 despliega un entramado de medidas correctoras para evitar las anteriores distorsiones del sistema. Así, se establece el concurso de méritos como sistema general de acceso a la autorización de nueva oficina de farmacia, se obliga a los titulares de oficinas de farmacia a permanecer al frente del establecimiento sanitario al menos tres años desde su apertura, se somete a concurso de méritos las transmisiones a título oneroso que se realicen a favor de terceros no familiares y, en último lugar, se establece un criterio de preferencia de edad, de modo que se prioriza a los menores de sesenta y cinco años en el acceso de las autorizaciones de apertura frente a los que sobrepasen esta edad, a los que, sin embargo, no se excluye. Expone a continuación una serie de datos relativos a los procedimientos de autorización de apertura de oficinas de farmacia, de los que extrae como conclusión que todos los farmacéuticos mayores de sesenta años que han concurrido a estos procedimientos habían sido previamente beneficiarios de una autorización de oficina de farmacia y, en prácticamente todos los casos, habían transmitido su farmacia a un tercero o a un familiar, así como que solamente un pequeño porcentaje de los solicitantes supera la edad de sesenta años. De todo ello concluye que el menoscabo del derecho de igualdad en el acceso a la autorización de oficinas de farmacia a los mayores de sesenta y cinco años se presenta como una eventualidad remota y, en modo alguno, afecta a aquel derecho en su vertiente de acceso a la titularidad de oficina de farmacia.

A partir de lo anterior aborda la Letrada autonómica la cuestión de la justificación constitucional del art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley 11/1994. Para ello parte de la doctrina constitucional acerca del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, haciendo especial referencia a la STC 200/2001. Recuerda que la doctrina constitucional acepta que la edad sea un criterio a utilizar por el legislador siempre que se supere el juicio de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, advirtiendo que el precepto cuestionado trae causa de razones de interés general vinculadas con la función de planificación que corresponde a los poderes públicos. Así, indica que la legislación no puede ser indiferente al efecto perverso que el doble sistema de acceso a estas autorizaciones provoca sobre la efectiva materialización del derecho a la igualdad, siendo obligada la intervención de los poderes públicos en pos de lograr cotas razonables de efectividad de tal principio en el acceso a las autorizaciones de las oficinas de farmacia, diferenciando para ello en función de las distintas situaciones que presentan quienes concurren a ellos. Se opta, entonces, por el establecimiento de una serie de factores correctores, entre los que se encuentra el criterio de la preferencia de edad, dirigidos a garantizar niveles óptimos de igualdad real de los farmacéuticos en el acceso a autorizaciones de apertura. Preferencia por razón de edad que encuentra su justificación en una política de reparto o redistribución de las autorizaciones para la creación de oficinas de farmacia, a fin de proporcionar mayores oportunidades de acceso a los profesionales que no hayan tenido la ocasión de hacerse con la titularidad de una oficina de farmacia. Esta limitación tampoco resulta arbitraria, pues trata de compensar los privilegios derivados del sistema de transmisión de oficinas de farmacia, sin que, por lo demás, las connotaciones de interés general inherentes a la actividad farmacéutica conlleven la aplicación de la doctrina constitucional sentada en relación con las limitaciones de edad impuestas para el acceso a la función pública. De esta manera la determinación del límite de edad se justifica en la coincidencia con la edad de jubilación voluntaria lo que ha permitido al legislador establecer un mecanismo preferencial, que no excluyente, en uno de los procedimientos de acceso a la autorización farmacéutica. Exclusión que queda matizada por la posibilidad de acceder a la oficina por el sistema de transmisión o, incluso, a una autorización de apertura sin concurrencia de farmacéutico menor de sesenta y cinco años, la de acceder a una pensión de jubilación o el desarrollo profesional en campos distintos a la titularidad de oficina de farmacia que el art. 34.2, párrafo segundo, en ningún caso excluye.

En lo tocante al juicio de proporcionalidad, estima la representación procesal del Gobierno vasco que es claro que el objetivo del precepto es la búsqueda de la satisfacción del interés general que trate de garantizar cotas razonables de igualdad material en el acceso a la autorización de apertura de oficinas de farmacia de nueva creación. También, en la medida en que establece una prioridad entre candidatos, resulta proporcionada la medida desde el puro interés de todo farmacéutico en ser titular de una oficina de farmacia pues, además, el índice real de afectación de la norma es tan escaso que es asumible desde la perspectiva del juicio de igualdad, incidiendo exclusivamente en el derecho a acceder a sucesivas autorizaciones de farmacia. Resulta entonces que la norma no impide la concurrencia de terceros ni su incidencia es desproporcionada pues se dirige a equilibrar la posición de desigualdad en que se encontrarían los titulados que no han tenido nunca la oportunidad de acceder a la titularidad de una oficina de farmacia. En definitiva, según la Letrada autonómica, el límite que deriva para los farmacéuticos de más de sesenta y cinco años es lícito en cuanto existen razones de interés público que justifican un trato desigual y conecta con una realidad también diferenciada y sirve adecuadamente al objetivo que se ha querido amparar, el acceso de los farmacéuticos que no sean titulares de oficinas de farmacia ni lo hayan sido nunca a una autorización de apertura.

Finalmente la representación procesal del Gobierno Vasco descarta que el art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley 11/1994 sea contrario a la regulación del ejercicio de profesiones tituladas del art. 36 CE ni al art. 38 CE en cuanto reconoce la libertad de empresa, pues no es ésta la única actividad que los farmacéuticos pueden realizar con su titulación académica, ni tampoco, por tratarse de un servicio de interés público, puede prevalecer la libertad de empresa frente a las limitaciones derivadas de la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas.

11. El día 18 de octubre de 2011 el Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones solicitando la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad por las razones que, resumidamente, se exponen a continuación.

Tras exponer los antecedentes del caso, alude a dos cuestiones que, entiende, han de ser examinadas con carácter previo al fondo del asunto. La primera es la imposibilidad de la inaplicación del precepto cuestionado por su eventual contradicción con el Derecho comunitario y la segunda se refiere al hecho de que la cuestión no perdería su objeto aunque se hubiera modificado la norma.

Señalado lo anterior el Fiscal General del Estado concreta la duda de constitucionalidad en torno al establecimiento de una edad límite, sesenta y cinco años, para la posibilidad de solicitar autorización para la apertura de una oficina de farmacia en el País Vasco, sin que esa prohibición obedezca a verdaderas razones objetivas que la justifiquen, resultando, por tanto, contraria al principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE, así como a los derechos al libre ejercicio de la profesión y a la libre empresa de los arts. 36 y 38 CE, de acuerdo, por otra parte, con la doctrina de la STC 63/2011.

Recuerda el Ministerio Público que la cuestión de la edad como determinante de la posibilidad de acceso a una autorización de oficinas de farmacia ha sido abordada por tres sentencias del Tribunal Constitucional, las SSTC 63/2011, 79/2011 y 117/2011, que han declarado la inconstitucionalidad de preceptos análogos al ahora cuestionado por vulneración del art. 14 CE. Partiendo de esa doctrina, lo que ha de determinarse es si la limitación de la edad establecida en el art. 34.2 de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994 es discriminatoria, según atienda o no a razones objetivas, fundamentadas en fines de interés general. Alude a la configuración de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios privados pero de interés público, lo que hace que se estructuren en torno a dos ejes (STC 109/2003) la libertad de empresa y propiedad privada, de una parte, y, de otra, el interés y la planificación públicas. De ello se deduce que el legislador dispone de la necesaria libertad para estructurar el servicio público del modo que mejor satisfaga los intereses generales de los ciudadanos.

Entrando ya en el enjuiciamiento concreto de la norma sostiene el Fiscal General del Estado que son dos las cuestiones que han de ser tomadas en consideración. La primera sería si las razones esgrimidas para justificar la norma están encaminadas a la satisfacción del interés general y si la misma supera o no el juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. En segundo lugar, se plantea si los términos taxativos y de alcance general con que dicha norma se manifiesta superan o no el canon de proporcionalidad establecido por el Tribunal Constitucional en relación al derecho de acceso en condiciones de igualdad a la apertura de un establecimiento de interés general como es el de una oficina de farmacia.

Respecto de la primera cuestión, desdoblada en dos íntimamente relacionadas, advierte el Fiscal General del Estado que, en efecto, el precepto cuestionado se enmarca en una ley que tiene como objetivo primordial la estructuración, desarrollo y plena efectividad del servicio farmacéutico dentro del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, siendo así que resulta razonable la justificación de la medida, dirigida a asegurar la continuidad en la explotación de una concreta oficina. Resulta, sin embargo, que desde la perspectiva del interés individual de todo farmacéutico a ser titular de una oficina (con independencia de que, como tiene señalado la STC 109/2003, ésta no sea la única manifestación del derecho al libre ejercicio de la profesión, en el caso de la farmacéutica), la primacía de los intereses públicos que aquí concurre ha de responder a criterios de racionalidad y de proporcionalidad. Examinando ya las posibles justificaciones de la norma, señala el Fiscal General del Estado que la limitación de la norma no puede justificarse en razones basadas en una eventual merma de aptitud o capacidad del farmacéutico mayor de sesenta y cinco años dado que, en primer lugar, la prohibición para los mayores de sesenta y cinco años solamente tiene eficacia «cuando no existan otras solicitudes en el mismo expediente»; en segundo lugar, no se establece un límite de edad para la jubilación y, en tercer lugar, la edad de sesenta y cinco años no es obstáculo para concurrir a la adquisición de una oficina de farmacia. Por otra parte estima el Fiscal General que la amplitud con la que se concibe la norma tampoco abona como justificación el beneficio que podría suponer para los farmacéuticos más jóvenes pues lo que existe es una exclusión indiferenciada que excluye toda posibilidad de ponderación. En este sentido advierte el Ministerio Fiscal que, por las connotaciones de interés general inherentes a la actividad farmacéutica, sería aplicable la doctrina constitucional sentada en relación con las limitaciones de edad impuestas para el acceso a la función pública (SSTC 75/1983 y 37/2004), con lo que cabe concluir que, al presentarse la limitación por razón de edad de forma indiferenciada y genérica, resulta desproporcionada y lesiva para el derecho de los aspirantes a acceder a la titularidad de una oficina de farmacia. Tampoco respondería el precepto cuestionado a razones vinculadas a la planificación y organización de los servicios ni a la necesidad de evitar situaciones especulativas, cuestión ya descartada en la STC 79/2011 y cuya concurrencia no justificaría una exclusión total ajena al principio de proporcionalidad.

Como conclusión de todo lo anterior, el Fiscal General del Estado afirma que la norma así enunciada resulta contraria al art. 14 CE porque no satisface el juicio de proporcionalidad que exige el principio de igualdad ante la ley que reconoce el citado art. 14 CE, al anticipar en un período excesivamente largo de tiempo la limitación por edad de los profesionales farmacéuticos para solicitar autorización administrativa de apertura de establecimientos farmacéuticos. Y, en segundo lugar, porque tampoco satisface las exigencias del juicio de proporcionalidad, al tener un alcance general y excluyente de modo automático de toda posibilidad de reconsideración en función de las circunstancias particulares que se puedan producir en un supuesto concreto.

Alcanzada la anterior conclusión el Fiscal General del Estado señala el carácter básico de los arts. 88 y 89 de la Ley 14/1986, relativos al ejercicio libre de las profesiones sanitarias y a la libertad de empresa en el sector sanitario, a la vez que descarta que exista vulneración del derecho al ejercicio de las profesiones tituladas del art. 36 CE, ni del derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE.



En conclusión de todo lo expuesto el Fiscal General del Estado considera que «el cuestionado inciso del apartado 2 del art. 34 de la Ley 11/1994 vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE con una discriminación por razón de edad carente de cobertura constitucional.

12. La representación procesal de doña A.I.R.R., codemandada en el proceso *a quo*, se personó en el proceso mediante escrito registrado el día 19 de octubre de 2011. Por diligencia de ordenación de 20 de octubre de 2011 la Sala Segunda le concedió un plazo de quince días para formular las alegaciones que estimase convenientes. Finalmente sus alegaciones se registraron en este Tribunal Constitucional el día 16 de noviembre de 2011.

En ellas, tras exponer los antecedentes que han dado lugar al planteamiento de la cuestión alude a las, a su juicio, sustanciales diferencias existentes entre el precepto cuestionado y los de otras leyes autonómicas que, asimismo, han sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad, pues el ahora cuestionado, a diferencia de los otros, no excluye en absoluto la participación de los mayores de sesenta y cinco años en los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia sino que establece una preferencia a favor de los farmacéuticos más jóvenes. Estima que esa medida es razonable y proporcional en tanto que se trata de una medida de acción positiva para favorecer el empleo de dicho grupo sin que con ello se vulnere el derecho a la libertad de empresa y al libre ejercicio de la profesión. Asimismo indica que la medida cuestionada trata de garantizar que el adjudicatario permanezca un mínimo de tiempo en el desempeño de la función, evitando que el procedimiento de autorización se convierta en una forma de burlar los principios de mérito y capacidad en la medida en que, conforme a los arts. 17.2 y 3 de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994, los hijos de farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia no tienen que acudir a procesos selectivos para resultar adjudicatarios de una autorización de una farmacia ya abierta. Finalmente señala que esta preferencia para los farmacéuticos más jóvenes se justifica porque la ya citada Ley del Parlamento Vasco 11/1994 presume que, a partir de los sesenta y cinco años, el mérito y capacidad de un farmacéutico ya no son plenos pues prevé, como regla general, la incorporación obligatoria de un adjunto cuando el titular de la farmacia cumpla los sesenta y cinco años.

13. Por providencia de 12 de abril de 2012 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución, la presente cuestión de inconstitucionalidad ha sido promovida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por supuesta vulneración del art. 14 CE en cuanto establece que «dichos procedimientos [para la autorización de una nueva oficina de farmacia] sólo podrán resolverse a favor de farmacéuticos de más de sesenta y cinco años o de farmacéuticos titulares o cotitulares de oficinas de farmacia ubicadas en la misma zona farmacéutica cuando no existan otras solicitudes en el mismo expediente», así como de los arts. 36 y 38 CE, en la medida en que el primero no permite que la ley regule sin límite o condicionamiento alguno el ejercicio de las profesiones tituladas, y el segundo reconoce la libertad de empresa, ambos artículos «en relación, además, con dos normas básicas, como son las de los artículos 88 y 89 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.» Mientras el Fiscal General del Estado y el demandante en el proceso *a quo* abogan en sus escritos de alegaciones por la estimación de la cuestión por vulneración del art. 14 CE, el Gobierno y el Parlamento Vasco así como la parte codemandada en el proceso *a quo* solicitan su desestimación.

2. Planteada en tales términos la cuestión, hemos, en primer lugar, de delimitar de forma precisa su objeto. A tales efectos debemos recordar que la resolución impugnada en el proceso contencioso-administrativo denegó la solicitud del demandante de creación de una oficina de farmacia por haber alcanzado éste la edad de sesenta y cinco años, de lo que resulta que el inciso «de farmacéuticos de más de sesenta y cinco años» del art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994 es, por consiguiente, el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por ser el relevante para la resolución del proceso *a quo*.

Asimismo, en la respuesta a la duda de constitucionalidad que se nos plantea, hemos necesariamente de tener en cuenta la doctrina que este Tribunal Constitucional ha establecido en las SSTC 63/2011, de 16 de mayo, 79/2011, de 6 de junio, 117/2011, de 4 de julio y 161/2011, de 19 de octubre, en las que hemos declarado la inconstitucionalidad de las prohibiciones del acceso a autorizaciones de nuevas oficinas de farmacia a mayores de sesenta y cinco años contenida en las Leyes 4/1996, de 26 de diciembre, de Castilla-La Mancha; 5/1999, de 21 de mayo, de Galicia; 4/1999, de 25 de marzo, de Aragón y 3/1996, de 25 de junio, de Extremadura, al considerarla una discriminación arbitraria por razón de la edad que no quedaba justificada.

Ciertamente, como han alegado tanto el Letrado del Parlamento Vasco como la Letrada del Gobierno autonómico, la regulación ahora cuestionada no es exactamente coincidente, en su dicción literal, con las declaradas inconstitucionales en las Sentencias que acabamos de citar. La diferencia entre ésta y aquéllas se encontraría en que el párrafo segundo del art. 34.2 de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994 no introduce una regla de exclusión absoluta de los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años de los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia sino que tal exclusión se produce únicamente en el caso de que exista concurrencia con solicitantes de menor edad, supuesto en el que la solicitud del farmacéutico mayor de sesenta y cinco años no es tenida en cuenta. Sin embargo pese a las diferencias en el tenor literal de la norma ahora cuestionada respecto de otras ya enjuiciadas por este Tribunal, es evidente que esta norma supone, como ha apuntado el Letrado del Parlamento Vasco que, si bien no se impide la participación en el procedimiento de los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años sí que, por aplicación del art. 34.2, párrafo segundo de la Ley 11/1994, van a verse postergados o excluidos en presencia de cualquier otro participante de menor edad. Ello implica que en el supuesto por ella previsto la norma va a producir el mismo efecto que si se utilizase la edad como criterio absoluto de exclusión, lo que, a su vez, determina que, especialmente desde la perspectiva de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, haya de ser examinada en los mismos términos en los que lo fueron los preceptos legales enjuiciados en las Sentencias antes citadas.

3. Como recuerda la STC 117/2011, de 4 de julio, FJ 5, dado que «la edad es uno de los factores a los que alcanza la prohibición constitucional de fundar en ellos un tratamiento diferenciado que no se acomode a las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad recién mencionadas, la respuesta a la duda de constitucionalidad planteada vendrá dada, tal como razonábamos en el STC 63/2011, por la valoración de las razones esgrimidas por los órganos autonómicos en pro de la justificación constitucional del distinto tratamiento que la ley cuestionada dispensa a los mayores de sesenta y cinco años. Al no hallarnos en el ámbito de la genérica interdicción de la desigualdad, sino en el de la prohibición de la discriminación por las causas que, en enumeración abierta, se contienen en el segundo inciso del art. 14 CE, el canon de control de la excepcional legitimidad constitucional de la diferenciación por uno de esos factores, como lo es la edad, es mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad de la diferenciación.» Procede, por tanto, analizar las razones que, en opinión de los órganos autonómicos, justifican la regla de exclusión cuestionada.

Así, en primer lugar, no resulta constitucionalmente admisible justificar la prohibición contenida en la norma cuestionada en que a los sesenta y cinco años se produzca una merma de la aptitud y capacidad necesarias para desempeñar la asistencia farmacéutica pues ello supone presumir, para los farmacéuticos que pretendan optar a obtener una

autorización para abrir una nueva oficina de farmacia (vinieran o no disfrutando de una autorización previa), una incapacidad derivada de la sola circunstancia de haber superado los sesenta y cinco años de edad [en el mismo sentido STC 63/2011, FJ 4 a), reiterado en las SSTC 79/2011, FJ 4 a) y 117/2011, FJ 5 a)].

En segundo lugar no cabe apreciar que la medida responda a exigencias de planificación y organización del servicio, más concretamente, en la idea de permanencia en la función al frente de la oficina de farmacia ya que la Ley 11/1994, a diferencia de otras leyes autonómicas, no establece caducidad de la autorización, resultando que el farmacéutico puede permanecer indefinidamente al frente de su oficina de farmacia, con la única exigencia de nombrar a otro farmacéutico adjunto (art. 6.6 de la Ley 11/1994 en relación con el Decreto 129/1997, de 3 de junio). De este modo, si lo que se pretende es que la autorización implique un período de permanencia en la explotación de la oficina de farmacia (fijado en tres años por el art. 17.1 de la Ley 11/1994), el límite de edad de sesenta y cinco años para instar la autorización resulta excesivo y desproporcionado al sacrificio que supone la pérdida del derecho a obtenerla por haber rebasado una determinada edad, cuando la autorización, una vez conseguida, se puede prolongar en el tiempo sin ningún plazo de caducidad [al respecto, SSTC 79/2011, FJ 4 b) y 117/2011, FJ 5 c)].

En tercer lugar, como sucedía en los casos examinados en las SSTC 63/2011, FJ 4 b) y 117/2011, FJ 5 b), tampoco puede admitirse que la postergación de los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años constituya una medida de acción positiva dirigida a equilibrar la desfavorable situación de partida de los integrantes de un grupo desfavorecido, como serían los farmacéuticos menores de sesenta y cinco años. De hecho, como en los casos antes citados, la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años en caso de concurrencia con otros menores de esa edad se manifiesta injustificada y desproporcionada, pues la amplitud del colectivo privilegiado (todos los profesionales, hasta que cumplan la edad de sesenta y cinco años) permite albergar serias dudas acerca de que efectivamente se trate de un grupo desfavorecido que precise de una medida de acción positiva para reequilibrar su posición frente a los mayores de sesenta y cinco años. En el caso la medida excepcional, pretendida o supuestamente de discriminación positiva, más que privilegiar a un grupo supuestamente merecedor de especial protección margina a un colectivo concreto (los mayores de sesenta y cinco años). Por otra parte, el propósito de favorecer al colectivo de los menores de sesenta y cinco años se instrumenta apartando de la selección a los mayores de sesenta y cinco años, los cuales, además, no tienen ningún obstáculo legal para ejercer la profesión por encima de esa edad.

Consecuentemente no estamos ante una medida de favorecimiento de un grupo necesitado de reequilibrio, sino ante una medida de exclusión, que se revela como injustificadamente lesiva de la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE. Si la edad de sesenta y cinco años no es obstáculo para seguir ejerciendo la profesión de farmacéutico titular de la oficina de farmacia, la preterición en el acceso a una nueva autorización para los mayores de esa edad no está conectada con el interés público presente en la ordenación del servicio farmacéutico, y sin embargo incide en una de las formas de ejercicio profesional, precisamente la articulada a través de la organización de una actividad empresarial, faceta en la cual no está justificada la restricción impuesta a los mayores de sesenta y cinco años. Finalmente, la exclusión de la que hablamos produce el resultado práctico de que las solicitudes de los farmacéuticos serán tenidas o no en cuenta en el proceso dependiendo exclusivamente de la edad del solicitante, sin que la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años lleve consigo de por sí el acceso de nuevos profesionales, revelándose así la medida como inidónea al fin pretendido.

De todo ello resulta que nos hallamos ante una medida que no tiene como objetivo beneficiar a un colectivo desfavorecido en concurrencia con otros; antes al contrario, la medida en cuestión supone una exclusión prácticamente absoluta de los mayores de sesenta y cinco años –como las circunstancias del caso y los datos aportados por la

Letrada del Gobierno Vasco han puesto de manifiesto—, por lo que no cumple el juicio de proporcionalidad que le es exigible [en el mismo sentido, STC 117/2011, FJ 5 b)], ya que priva a un profesional farmacéutico que dispone de todas las facultades para ejercer la titularidad de una oficina de farmacia de obtener la autorización ya que tal solicitud le va a ser rechazada automáticamente en caso de concurrir con una farmacéutico de menor edad.

Finalmente, no cabe tampoco encontrar la justificación de la medida cuestionada en la necesidad de evitar eventuales situaciones especulativas, a las que han aludido los Letrados del Parlamento y del Gobierno Vasco pues, sin perjuicio de señalar tales comportamientos, caso de existir, parecen encontrar su fundamento en la regulación de la transmisión de las oficinas de farmacia del art. 17 de la propia Ley 11/1994, ya excluimos en la STC 79/2011, FJ 4, que «en todo caso, este tipo de riesgos especulativos, de resultar factibles, no pueden justificar, por su carácter preventivo y a la luz del principio de proporcionalidad, una exclusión *a radice* de los mayores de sesenta y cinco años de la opción misma de concurrir a los concursos para nuevas oficinas, frente a la alternativa de introducir mecanismos específicos que, sin sostenerse en tal exclusión absoluta, vayan dirigidos a eliminar o mitigar tales riesgos.»

4. Consecuencia de todo lo anteriormente expuesto es que la prohibición establecida en la norma cuestionada implica una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible (art. 14 CE), sin que, alcanzada la anterior conclusión, resulte necesario pronunciarse respecto al resto de vulneraciones constitucionales denunciadas.

#### 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 la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4362-2011 y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «de farmacéuticos de más de sesenta y cinco años» del art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de abril de dos mil doce.—Eugeni Gay Montalvo.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.