

TRANSMISIBILIDAD, CADUCIDAD Y COTITULARIDAD DE LAS FARMACIAS

(COMENTARIO A LA STC 109/2003, DE 5 DE JUNIO)¹

SUMARIO

- I. HECHOS DE QUE LA SENTENCIA TRAE CAUSA Y CUESTIONES QUE ABORDA**
 - 1. La presentación de los recursos y discrepancias que los originan**
 - 2. Solución a la que llega el Tribunal Constitucional**
- II. CUESTIONES PRELIMINARES**
 - 1. Disposiciones que se citan en la STC**
 - 2. «Ordenación farmacéutica»**
 - 3. «Condiciones básicas»**
 - 4. «Normativa básica»**
 - 5. Recapitulación**
- III. EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIBILIDAD**
- IV. EL PROBLEMA DE LA CADUCIDAD**
 - 1. Supuestos contemplados y regulación de los mismos**
 - 2. ¿La caducidad no menoscaba el art. 33 CE? Cuestiones que afectan a la caducidad y sobre las que no se ha pronunciado con claridad el Tribunal Constitucional, o de las que discrepo**
- V. EL PROBLEMA DE LA COTITULARIDAD**
- VI. REFERENCIA AL VOTO PARTICULAR**
- VII. FINAL**

1. Abreviaturas utilizadas:

BOE: Boletín Oficial del Estado.

DOCM: Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

DOE: Diario Oficial de Extremadura.

EACM: Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

EAE: Estatuto de Autonomía de Extremadura.

RD: Real Decreto.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

TC: Tribunal Constitucional.

I. HECHOS DE QUE LA SENTENCIA TRAE CAUSA Y CUESTIONES QUE ABORDA

1. La presentación de los recursos y discrepancias que los originan

En este comentario estudio la STC 109/2003, de 5 de junio, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad (acumulados):

– Recurso 3540/96, interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica (DOE de 2 de julio, núm. 76; BOE de 9 de agosto, núm. 192; rectificación DOE de 13 de julio).

– Recurso 1492/97, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico (DOCM de 10 de enero de 1997, núm. 2; BOE de 24 de febrero de 1997).

– Recurso 3316/97, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Ley (estatal) 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia (BOE de 26 de abril, núm. 100).

En los dos primeros recursos se discute si las leyes autonómicas citadas son respetuosas con la Constitución en lo relativo a la autorización administrativa exigida para la apertura de oficina de farmacia, centrándose la discrepancia en tres aspectos de dicha regulación, tal y como reconoce la propia STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 1: a) El principio de intransmisibilidad de esas autorizaciones, así como la excepción que permite la transmisión por una sola vez de las autorizaciones existentes en el momento de la entrada en vigor de las leyes autonómicas; b) La caducidad de las autorizaciones en determinados supuestos; c) La titularidad del farmacéutico sobre una sola oficina de farmacia, con exclusión de la cotitularidad.

El recurso contra la Ley (estatal) 16/1997, de 25 de abril, cuestiona la regulación relativa a las autorizaciones de apertura de las farmacias constituya normativa básica en materia de “sanidad” (art. 149.1.16), y, por tanto, se erija en parámetro de constitucionalidad de las leyes autonómicas. La infracción constitucional la extiende la parte recurrente a la disposición que realiza la calificación de normativa básica².

2. Solución a la que llega el Tribunal Constitucional

2.1. Respecto a la transmisibilidad

A) Extremadura

Se declara inconstitucional y nulo, en tanto impide toda clase de transmisibilidad, el art. 14 de la Ley 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura, párrafo primero, al disponer:

«Queda prohibida la venta, cesión, traspaso, arrendamiento o cualquier otra forma de transmisión, ya sea por actos inter vivos o mortis causa, de la autorización administrativa concedida en su día para la apertura de la oficina de farmacia»

2. Debo advertir que aunque esta Ley 16/1997, de 25 de abril, no se encontraba vigente en el momento del planteamiento de los recursos de inconstitucionalidad frente a las Leyes de Extremadura 3/1996, y de Castilla-La Mancha 4/1996, la legislación básica del Estado a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en este tipo de procesos constitucionales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión sobre la regularidad constitucional. Con posterioridad a su entrada en vigor fue impugnada por Castilla-La Mancha, lo que da lugar a la acumulación procesal.

También se declara inconstitucional y nula al entrar en conflicto con la normativa básica estatal, la disposición transitoria tercera, párrafo primero, de la precitada Ley 3/1996 de Extremadura:

«No obstante lo dispuesto en el art. 14 de la Ley se podrá autorizar la enajenación, cesión o traspaso de titularidad de oficinas de farmacia abiertas en la actualidad por una sola vez; en este supuesto será de aplicación la normativa reglamentaria estatal vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. En ningún caso se permitirá el ejercicio del derecho de tanteo para clausura del establecimiento».

B) Castilla-La Mancha

Se declara inconstitucional y nulo el art. 38.1, párrafo tercero, de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha al establecer el carácter intransferible de las farmacias por los motivos expresados con anterioridad:

«1. Las autorizaciones administrativas que otorgue la Administración para la instalación de nuevas oficinas de farmacia en Castilla-La Mancha tendrán las siguientes características:

- Serán personales al farmacéutico autorizado.
- Serán intransferibles»

También se declara inconstitucional y nula la disposición transitoria segunda, párrafo primero, de esta Ley que establece :

«La titularidad de las oficinas de farmacia existentes a la entrada en vigor de esta Ley podrá transmitirse por una sola vez conforme a la legislación previa vigente».

2.2. Respecto a la caducidad

A. Ley (estatal) 16/1997, de 25 de abril.

En base al contenido del art. 4.2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril³, entiende que es posible que las Comunidades Autónomas sometan la transmisión a determinadas condiciones y por tanto es posible decretar la caducidad de la autorización de la farmacia en determinados supuestos.

2.3. Respecto a la cotitularidad

A. Ley (estatal) 16/1997, de 25 de abril.

La sentencia no aprecia que hay vicio de inconstitucionalidad al permitir el art. 4.1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril⁴, la transmisión a *otro* u *otros* farmacéuticos, y por tanto, es evidente que no se puede excluir la cotitularidad de las farmacias.

3. Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, art. 4.2: «Las Comunidades Autónomas regularán las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos».

4. Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, art. 4.1: «La transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos».

II. CUESTIONES PRELIMINARES

En este epígrafe abordo varias cuestiones que me parecen útiles de cara a una correcta comprensión del fondo del asunto. En primer lugar, un apartado donde relaciono las disposiciones citadas en esta sentencia para que su texto completo posibilite un mejor entendimiento de los argumentos utilizados, y que a la vez configura la exposición del grupo normativo regulador de las farmacias. A continuación, y con carácter preliminar, es necesario precisar el alcance de la «ordenación farmacéutica», de las «condiciones básicas» y «normativa básica» que está en la base de este litigio.

1. Disposiciones que se citan en la STC

Las normas que se citan en la sentencia del TC que estoy comentando son las siguientes:

La Constitución establece, art. 43:

«1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto».

Art. 148.1.21 CE:

«1. Las Comunidades Autónomas podrán⁵ asumir competencias en las siguientes materias:

21ª. Sanidad e higiene».

Art. 149.1.1. y 16 CE:

«1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1ª. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

16ª. Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos».

Todos los Estatutos de Autonomía han incluido entre sus competencias la “sanidad e higiene”, que incluye a los centros y establecimientos sanitarios y las relativas a la “ordenación farmacéutica”, sin perjuicio de lo que establece el art. 149.1.16 CE⁶.

También debo referirme a las leyes dictadas por el Estado que contienen normas básicas sobre ordenación de oficinas de farmacia.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que tal y como establece el art. 2.1 tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo

5. El término “podrán” con que se inicia el precepto, se identifica con el llamado “principio dispositivo”, según el cual el Estatuto, de acuerdo con el art. 147.2.d), asume competencias dentro de la lista de materias contenidas en el precepto, pudiendo, en teoría, asumir todas las materias posibles o sólo algunas, hacerlo en términos de exclusividad o de compartición y arrogarse todas las funciones posibles (legislar y ejecutar) vinculadas a las materias asumidas o sólo algunas.

6. La relación completa de los Reales Decretos de transferencia en materia de sanidad y servicios sociales a las Comunidades Autónomas, así como de los artículos de los respectivos Estatutos de Autonomía donde se incluye la competencia de “sanidad e higiene” pueden consultarse en: Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 112-155.

149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado. En especial me referiré al contenido del art. 89:

«Se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la Constitución»

y art. 103:

«1. La custodia, conservación y dispensación de medicamentos corresponderá: a) A las oficinas de farmacia legalmente autorizadas. [...].

2. *Las oficinas de farmacia abiertas al público se considerarán establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el Título IV de esta Ley.*

3. Las oficinas de farmacia estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacias.

4. *Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público».*

La legislación especial a la que hace referencia la LGS es la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. En especial debo destacar el contenido del art. 88⁷.

La Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, declara básicos mediante la disposición final primera, los artículos 2.2 y 4. El primero de los citados, establece:

«La planificación de oficinas de farmacia se establecerá teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias en cada territorio.

La Ordenación territorial en estos establecimientos se efectuará por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia, que determinarán las Comunidades Autónomas, conforme a los criterios generales antes señalados. En todo caso, las normas de ordenación territorial deberán garantizar la adecuada atención farmacéutica a toda la población».

El art. 4 determina:

«1. La transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos.

7. Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, art. 88:

«*Oficinas de farmacia.* 1. Las Administraciones sanitarias con competencias en ordenación farmacéutica realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia, debiendo tener en cuenta los siguientes criterios:

a) Planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica.

b) La presencia y actuación profesional del farmacéutico es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos.

c) Las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios suficientes que establezca el Gobierno con carácter básico para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia.

d) Las oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentariamente establecidas.

2. A partir de un determinado volumen de actividad profesional se establecerá reglamentariamente la necesidad de farmacéuticos adicionales, además del titular o sustituto en su caso, por oficina de farmacia, respetando en todo caso, las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia.

3. Por razones de emergencia y lejanía de la oficina de farmacia u otras circunstancias especiales que concurran en ciertos establecimientos, podrá autorizarse, excepcionalmente, la creación de botiquines en las condiciones que reglamentariamente se determinen con carácter básico, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia.

4. Las Administraciones Públicas velarán por la formación continuada de los farmacéuticos y la adecuada titulación y formación de los Auxiliares y Ayudantes Técnicos de Farmacia».

2. Las Comunidades Autónomas regularán las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos.
3. En los casos de clausura o cierre obligatorio de las oficinas de farmacia, por sanción de inhabilitación profesional o penal, temporal o definitiva, de cualquier índole, las Comunidades Autónomas podrán prever la prohibición de la transmisión de las citadas oficinas de farmacia, así como la intervención de los medicamentos».

2. «Ordenación farmacéutica»

Para los Parlamentos y Gobiernos autonómicos, las normas recurridas forman parte de la “ordenación farmacéutica”, que constituye un segmento de la propia materia sanitaria. Con posterioridad al planteamiento de los recursos de inconstitucionalidad, se modificaron los Estatutos de Autonomía de las Comunidades de Castilla-La Mancha y Extremadura, mediante las Leyes Orgánicas 3/1997, de 3 de julio, y 12/1999, de 6 de mayo, respectivamente. Tras esta modificación, ambas Comunidades han asumido competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de “ordenación farmacéutica” (arts. 32.4 EACM y 8.11 EAE). Para explicitar el contenido de la expresión entrecomillada, debo hacer referencia a un trabajo del profesor José Antonio Razquin Lizarraga⁸ que precisa su contenido:

«[...] Atendiendo a una óptica material, ya la STC 32/1987, de 28 de abril (FJ 3) ofrece una primera aproximación al señalar que la competencia autonómica de ordenación farmacéutica “debe entenderse referida a la ordenación de los establecimientos de venta al público de productos farmacéuticos”. [...].

Desde una perspectiva funcional, la clave está en el término “ordenación” que, como ha indicado GARRIDO FALLA, puede describirse como el conjunto de reglas que rigen la organización o funcionamiento de determinada actividad, por lo que la ordenación viene a equipararse a la reglamentación. Equivalencia, a la postre, entre ordenación y regulación, como resulta de la jurisprudencia constitucional (SSTC 57/1992, de 9 de abril, y 68/1992, de 30 de abril) y de la propia legislación (Ley de ordenación del transporte terrestre, Ley de ordenación del comercio minorista, etc). Por ello la ordenación farmacéutica se configura como una competencia normativa, según señala la STC 71/82 (distinguiéndola de la competencia ejecutiva sobre productos farmacéuticos) y la doctrina. Se comparte pues, el criterio de PENACHO MARTÍNEZ de que la competencia de ordenación farmacéutica es esencialmente normativa, comprendiendo también normas de organización y posibles actos de ejecución. [...].

En fin, es opinión común que la llamada “ordenación farmacéutica” debe relacionarse con la dispensación del medicamento a los destinatarios finales y con las actuaciones anteriores o posteriores pero directamente conectadas con esta fase de ciclo farmacéutico; siendo de naturaleza normativa y comprendiendo fundamentalmente la planificación y autorización de las oficinas de farmacia privadas, las farmacias hospitalarias, botiquines rurales, etc, esto es, los llamados establecimientos farmacéuticos; diferenciándose claramente de los productos farmacéuticos; y, en último término, destacando su íntima conexión con la sanidad y, por consiguiente, su consideración como un subsistema del sistema sanitario».

En todo caso, y una vez aclarado el contenido de la expresión “ordenación farmacéutica”, las Comunidades Autónomas deberán tener en cuenta las normas básicas del Estado, ya que tal y como determina el grupo normativo regulador, la ordenación de las oficinas de farmacia, en cuanto establecimientos sanitarios, debe respetar las bases del art. 149.1.16 CE.

8. Vide José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, “La competencia de las Comunidades autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica”, *Revista Jurídica de Navarra*, 20, (1995), pp. 80-82. Cfr. Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la ley del medicamento”, *Revista Jurídica de Navarra*, 11, (1991), p. 68.

3. «Condiciones básicas»

3.1. Alcance y contenido

El profesor González Pérez⁹ expuso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/1997, que las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad que proclama el artículo 149.1.1^a de la Constitución se habían volatilizado, afirmando que era necesario que el Estado abordase inmediatamente una Ley básica, como Ley cabecera de grupo en la materia que, como es propio de este tipo de Leyes, oriente y armonice el grupo sometiendo a un común denominador legislativo la actividad de que se trata.

La doctrina que ha completado el alcance de este importante precepto constitucional afirma¹⁰:

«El recto entendimiento de este precepto no es una cuestión pacífica y tampoco acabada. En realidad no sería un título competencial propiamente en la medida en que –como ha dicho el TC– el precepto no se mueve en la lógica de las competencias compartidas: legislación básica estatal y normativa autonómica de desarrollo. Todo lo más podría decirse que es un título de funcionalidad horizontal o transversal, esto es, que cruza y puede incluso imponerse y prevalecer sobre otros títulos materiales específicos en atención a criterios objetivos y valores genéricos. Es decir, desde criterios finalistas. No se oculta a nadie, sin embargo, la necesidad de una prudente utilización y la conveniencia de una interpretación restrictiva para no desvirtuar indirectamente el sistema material de distribución competencial.

En todo caso, el TC ha señalado que las condiciones básicas a que apunta el precepto no pueden identificarse con los arts. 138 y 139.2, que no son títulos competenciales sino los límites del principio autonómico. tampoco conecta desde el punto de vista competencial con el derecho a la igualdad del art. 14. Finalmente, “condiciones básicas” no es “normativa básica” (como en otros apartados del propio art. 149.1) y por tanto, como digo, no se mueve en la lógica de las competencias compartidas. Al contrario, el art. 149.1.1^a habilitaría al Estado al establecimiento por entero de las condiciones básicas que garanticen la igualdad. Condiciones básicas que se predicarían de los derechos y deberes en sí mismos considerados, no de los sectores o materias en que aquéllos se insertan.

Estos planteamientos y otros de diversas sentencias del TC están todavía lejos de suponer una interpretación precisa, unívoca y segura de la regla. Una regla utilizada como criterio hermenéutico en diversas ocasiones, una de ellas en la conocida STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61) sobre la Ley del Suelo»

Con posterioridad, la STC 61/1997, de 20 de marzo, sienta la doctrina sobre los títulos competenciales y sobre la limitada eficacia del principio de supletoriedad¹¹ del

9. Vide Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La reforma de la ordenación farmacéutica”, en la obra colectiva *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Cívitas, Madrid, 1996, p. 333.

10. Vide Luis MARTÍN REBOLLO, *Leyes Administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 148 y 149.

11. La cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE establece: «El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas».

El tema de la supletoriedad del Derecho estatal quedó profundamente transformado a partir de la STC 118/1996, de 27 de junio. Esta sentencia, relativa a la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, establece en el FJ 8º: «[...] la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho».

Y además afirma (FJ 6º): «Si para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias».

Derecho estatal. En el Fundamento Jurídico 7º establece una delimitación negativa y positiva de la competencia del art. 149.1.1º CE, que es necesario tener presente:

«[...] Ha de añadirse que “condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. El art. 149.1.1º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho –como en el caso de la propiedad del suelo-, no lo es menos, sin embargo, que la competencia “ex” art. 149.1.1º CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias. [...]».

En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1 CE)».

Respecto al contenido de las “condiciones básicas”, señala en el Fundamento Jurídico 8º:

«Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las “condiciones básicas” hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos ...). [...]».

Dentro de esas “condiciones básicas”, cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (así, respecto de la propiedad privada la demanialización de toda una categoría de bienes definidos por sus características naturales: STC 227/1988, fundamento jurídico 14); los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho [...]».

Las conclusiones que podemos extraer son: primera, se podrán establecer las condiciones básicas, y el legislador competente deberá respetarlas de acuerdo con el orden constitucional de competencias; segunda, dentro de esas condiciones básicas se incluyen los consideraciones fundamentales en relación con el objeto y su ámbito material.

3.2. Las posibles colisiones con las atribuciones competenciales de las Comunidades Autónomas en la gestación de la Ley 16/1997¹²

Tanto en la convalidación del Real Decreto-ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población (BOE de 18 de junio, núm. 147), como en la tramitación del proyecto de ley, se pusieron de manifiesto las posibles colisiones con las atribuciones competenciales de las Comunidades Autónomas. La ordenación farmacéutica, es materia competencial de las mismas, si bien el Estado puede establecer legislación básica. Sin embargo, esta legislación básica ha de ser una legislación

12. Vide Juan Francisco MESTRE DELGADO, “La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica”, *Derecho y Salud*, Vol. 5, 2, (1997), pp. 205-213.

de mínimos que garantice a todos los ciudadanos un común denominador, sin restringir los títulos competenciales referenciados.

Así se ha instrumentado. De esta forma lo reflejaron los debates parlamentarios sobre esta materia:

«El señor Burgos Gallego: El Grupo Parlamentario Popular ha presentado una enmienda al artículo 1.1 que trata de establecer la clarificación competencial para precisar exactamente a qué administración le compete la regulación y garantía de la asistencia farmacéutica.

Entendemos que la garantía de la asistencia farmacéutica corresponde a las comunidades autónomas, así lo reconocen nuestras disposiciones y numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, y por eso creemos oportuno hacer una mención expresa a esa realidad competencial en esta enmienda.

Sin embargo, es evidente que esto no supone ningún tipo de renuncia a lo que entendemos que es la existencia de competencias básicas del Estado en esta materia, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.16 de nuestra Constitución, y que es perfectamente compatible la regulación, por parte de las comunidades autónomas, de esta materia expresamente reconocida en algunos estatutos de autonomía, con la posibilidad, por parte del Estado, de reservarse materias de carácter básico para buscar una homogeneidad y una estructuración cohesionada y coordinada de nuestro sistema de atención farmacéutico en todo el territorio nacional»¹³

El legislador estatal, en la Ley 16/1997, de 25 de abril, art. 4, ha regulado la transmisión de las oficinas de farmacia. Este artículo tiene el carácter de básico. Veamos el alcance del mismo.

El texto aprobado por el Congreso de los Diputados en su Disposición Final primera, establecía:

«Los artículos 2.1, 2.2, 2.5, 4, 5 y 6 de la presente Disposición, constituyen legislación básica del Estado sobre sanidad, dictada al amparo del artículo 149.1.16ª de la Constitución».

Posteriormente, el Senado modificó esta Disposición, que en la nueva redacción aprobada por la Cámara Alta declaraba:

«La presente disposición constituye legislación básica del Estado sobre sanidad, dictada al amparo del artículo 149.1.16ª de la Constitución, sin perjuicio de las competencias estatutarias de ordenación farmacéutica que corresponden a las Comunidades Autónomas».

En el debate sobre las enmiendas del Senado, el grupo parlamentario socialista y el de convergencia, criticaron esta modificación. Especialmente este último, que en palabras de la Sra Riera i Beu, manifestó:

«[...] mi Comunidad Autónoma, mi Gobierno, el de Cataluña, tiene reconocidas en nuestro Estatuto competencias exclusivas, que nos otorga el artículo 9.19, en materia de ordenación farmacéutica».

El Congreso de los Diputados, rechazó en este punto las modificaciones del Senado, volviendo a la formulación inicial.

La Ley General de Sanidad y la Ley del Medicamento, son elementos fundamentales que configuran tras el marco constitucional el estatuto jurídico de la profesión farmacéutica. Los derechos y deberes a que se refiere el art. 149.1.1ª, son los que se derivan, en primer lugar, de los artículos 33, 35, 36 y 38 de la Constitución, a los que se remiten entre otros los artículos 88 y 89 de la Ley General de Sanidad. Parece difícil

13. Cfr. *Diario de sesiones de Congreso de los Diputados*, 120, (1996), p. 3.250. Sesión núm. 5 celebrada el 10 de diciembre de 1996.

mantener, que no se respeten en algunas Comunidades Autónomas, estos preceptos básicos. En este sentido resulta ilustrativa la Exposición de Motivos de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia:

«Esta ordenación regional se produce en virtud de la atribución contenida en el artículo 11.5 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, que otorga a esta Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene, respetando, en todo caso, las bases y coordinación general de la sanidad que ostenta la Administración del Estado. Asimismo, resulta obligado que esta regulación revista la forma de Ley, en atención a los mandatos contenidos en los artículos 43 y 36 de la Constitución Española, que consagran expresamente el principio de reserva legal para la organización y tutela de la salud pública y para la regulación de las profesiones tituladas, en especial cuando establezcan limitaciones en el ejercicio de estos derechos».

También es necesario destacar que corresponde al Estado en exclusiva, la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16, párrafo 3º, CE).

Una segunda cuestión a abordar, es la resolución de las contradicciones entre la legislación estatal y la autonómica que prohíben la transmisión de las oficinas de farmacia. El Tribunal Constitucional afirmó:

«[...] cabe pensar que la legislación dictada por las Comunidades Autónomas antes de que el legislador estatal establezca las bases a que debe ajustarse la Administración local del futuro, ha de moverse posiblemente dentro de límites más estrechos, como se verá posteriormente, que los que habrían de resultar de una legislación informada plenamente por los principios que inspiran en este punto a la Constitución [...]. Es también claro que esta legislación de las Comunidades, en cuanto que puede quedar parcialmente invalidada por las normas básicas que, dentro de su competencia, establezca en su día el legislador estatal, nace ya afectada, por así decirlo, de una cierta provisionalidad»¹⁴.

Técnicamente no se produce una derogación de la Ley autonómica, sino un desplazamiento de ésta por la Ley básica, al igual que ocurre en virtud de la primacía o prevalencia del Derecho comunitario, que es el concepto que utiliza el artículo 149.3 CE. La consecuencia será entonces, la inaplicación de la ley autonómica, que es la técnica seguida en el Derecho comunitario¹⁵. Las Leyes dictadas con posterioridad devienen inconstitucionales por vulnerar el ámbito competencial que corresponde al Estado.

4. «Normativa básica»

Para contestar a la pregunta ¿qué debe entenderse como normativa básica?, el TC señala los requisitos materiales y formales que han de alcanzarse para configurar un concepto que cumpla el canon de constitucionalidad (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 4).

4.1. Requisitos materiales

En cuanto a los requisitos materiales entiende que los principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente. Y si bien las Cortes deben establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en último extremo será el Tribunal Constitucional el competente para decidir, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución.

14. STC 32/1981, de 28 de julio.

15. Vide Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, *, Eunsa, Pamplona, 1993, pp. 904 y 905.

Para no dejar sin contenido las competencias autonómicas, ha de considerarse como bases o legislación básica al común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3).

4.2. Requisitos formales

En cuanto a los requisitos formales, dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley (STC 1/1982, FJ 1). La propia Ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica (STC 69/1988, FJ 5).

5. Recapitulación

Ahora estoy en condiciones de verificar que el grupo normativo regulador sobre esta materia satisface los requisitos de orden formal y también en la dimensión material tal y como determina la sentencia que estoy comentando en el FJ 8:

«[...] Y así debe considerarse tanto a la configuración de las farmacias abiertas al público como establecimientos sanitarios cuanto al principio de que sólo los farmacéuticos puedan ser titulares y propietarios de las oficinas de farmacia, pues con ello el legislador ha establecido orientaciones que garantizan el mínimo común normativo en esta materia, ejerciendo con ello una opción legítima que le viene atribuida por el art. 149.1.16 CE».

Tal y como se establece en el fundamento jurídico primero de la STC 109/2003, que aquí comento:

«[...] 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. [...] tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y, [...], 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».

Por tanto, en materia de “sanidad” corresponde al Estado el establecimiento de la normativa básica (art. 149.1.16), mientras que las Comunidades Autónomas de Extremadura y Castilla-La Mancha tienen atribuido el desarrollo legislativo y la ejecución de dichas bases (arts. 8.3 EAE y 32.3 EACM).

Respecto a la invasión de la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que aseguren la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), entiende el TC que queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, que es más específica y puede dotarse también de un mayor contenido.

III. EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIBILIDAD

Tanto el grupo normativo regulador, como la fundamentación de la sentencia que estoy comentando en este trabajo determinan que es posible, legal y constitucional

la transmisión de oficinas de farmacias. En especial, la jurisprudencia lo declara, estableciendo que la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia constituye un elemento estructural de ese establecimiento sanitario privado que sirve al interés público (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8). Se trata de una opción deliberada del legislador tal y como ha señalado la STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8:

«Este Tribunal ya se ha manifestado reiteradamente acerca de que el legislador puede optar legítimamente entre alguna de las alternativas existentes para la regulación de un sector o aspecto del mismo, con tal de que cumpla los requisitos o exigencias constitucionales que correspondan en cada caso. *En este supuesto, las exigencias materiales de la normativa básica que ahora nos ocupan se concretan en que el legislador, en ejercicio de su función legítima, ha configurado una regulación uniforme para todo el territorio nacional, en relación con las autorizaciones de apertura de las oficinas de farmacia, que se justifica en el preámbulo de la Ley, de modo que la opción material relativa a la transmisibilidad de dichas autorizaciones es la que determina el modo de satisfacción de interés público sanitario presente en la dispensación de medicamentos*».

Estará limitada en los términos que se establezcan, pues el ejercicio de la función legislativa por parte de las Cortes Generales, no impide que las Comunidades Autónomas, respetando el mínimo común normativo para todo el territorio nacional, puedan desarrollar este precepto, en función de su función planificadora en aras de la consecución del interés público que tienen atribuido. Sin embargo las Comunidades Autónomas afectadas rechazan esta afirmación, pues entienden que de este modo no se garantiza el fin que la norma dice pretender, que no es otro que la mejora de la atención farmacéutica, puesto que la transmisibilidad no garantiza este fin al no existir relación de causalidad entre éste y aquélla. De esta forma, se desapoderaría a la Comunidad Autónoma de sus competencias normativas en la materia.

Debo manifestar que la regulación uniforme no queda desvirtuada al calificar a la farmacia como un centro sanitario¹⁶.

En las alegaciones que efectúan las Comunidades Autónomas de Extremadura y Castilla-La Mancha, se argumenta que la catalogación de la farmacia como un centro sanitario excluye las limitaciones que el Estado pretende imponerles, pues se trata de un ámbito competencial autonómico. Sin embargo es necesario precisar que esta consideración no modifica la naturaleza jurídica que se otorga a estos establecimientos.

En mi última monografía, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, al clasificar los centros, servicios y establecimientos sanitarios procedí a enumerar un grupo en el que se incluirían todos los destinados a la producción, distribución, almacenamiento o dispensación de medicamentos, así como al ejercicio de las profesiones sanitarias vinculadas a estas actividades¹⁷. Se pueden enumerar los siguientes: oficinas de farmacia, farmacias hospitalarias, depósitos de medicamentos en hospitales de menos de 100 camas, botiquines rurales de urgencia y de zonas turísticas, enti-

16. Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 58, donde me aventuro a establecer un concepto de centro sanitario: «Todo aquel bien mueble o inmueble en el que tras una correcta identificación, se aúnen los espacios físicos necesarios (área de recepción, sala de espera, área clínica, etc, uno o varios), el equipamiento y dotación de material y personal sanitario titulado, donde las técnicas o medios de carácter sanitario que utilizan tienen como finalidad principal o accesoria, ya sea preventiva, diagnóstica, terapéutica, rehabilitadora o didáctica, la curación o mejora de la salud del ciudadano y que previamente ha sido autorizado por la Administración sanitaria conforme a las disposiciones legales o reglamentarias vigentes para este fin».

17. *Ibidem*, p. 93.

dades fabricantes de vacunas individualizadas, almacenes distribuidores de especialidades farmacéuticas y sustancias medicinales¹⁸.

Evidentemente la farmacia es un centro sanitario sometido a las disposiciones que los regulan en general, adicionando las limitaciones y normativa específica determinada por el servicio público virtual o impropio que prestan.

IV. EL PROBLEMA DE LA CADUCIDAD

1. Supuestos contemplados y regulación de los mismos

La Ley 3/1996, de atención farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura aborda y regula la caducidad de las autorizaciones administrativas de apertura de farmacias en el art. 14, párrafo cuarto, quinto y sexto, en conexión con el último párrafo del art. 6, y en la disposición transitoria cuarta. También lo hace la Ley 4/1996, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha, art. 38.1, párrafo cuarto.

En Extremadura, los supuestos previstos son los siguientes: cumplimiento de setenta años de edad, muerte, incapacitación o renuncia del titular de la autorización administrativa. En Castilla-La Mancha se dispone que las autorizaciones de apertura caducarán por: renuncia de su titular, jubilación, fallecimiento, inhabilitación profesional, suspensión definitiva de funciones, incapacitación laboral permanente, total o absoluta, declaración judicial de ausencia, incompatibilidad legal y obtención de otra autorización de apertura en otra población.

Teniendo presente el contenido del art. 4.2 de la Ley 16/1997, queda claro que la propia norma básica deja a las Comunidades Autónomas, no la potestad de enervar la transmisibilidad de las farmacias, pero sí la de someter la transmisión a requisitos o condiciones que, naturalmente, no podrán ser arbitrarios, ni entrar en pugna con la Constitución.

La STC 109/2003, de 5 de junio, que aquí comento, precisa (FJ 10):

«[...] el título competencial del Estado ex art. 149.1.1 CE no opera como una norma que materialmente y por sí sola imponga la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, sino que es un precepto que atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen dicha igualdad. [...]. Lo que queda garantizado con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado».

En todo caso debo manifestar que no comparto este criterio al entender que esta opción va más allá del contenido del art. 4 de la Ley 16/1997, pues en el apartado 2 se hace referencia a «condiciones, plazos y demás requisitos», y en el apartado 3 se prohíbe la transmisión, *sólo* en supuestos de clausura o cierre obligatorio como consecuencia de infracciones que son sancionadas mediante esta modalidad. Sin embargo, la caducidad tiene un alcance que afecta a la propia esencia del derecho del propietario-titular y del modelo farmacéutico español libremente legislado, y por

18. *Vide*: Decreto 16/1994, de 25 de enero, de Andalucía, art. 2.d); Decreto 163/1996, de 26 de julio, de Baleares, art. 3.b).12; Decreto 65/1992, de 7 de septiembre, de Cantabria, art. 2.5; Decreto 16/1990, de 13 de febrero, de Castilla-La Mancha, art. 2.c) (Sólo cita los servicios farmacéuticos de hospitales); Decreto 118/1982, de 6 de mayo, de Cataluña, art. 2.d); Decreto 5/1987, de 27 de enero, de Extremadura, art. 2.d); Decreto 77/2001, de 29 de marzo, de Galicia, art. 2.3; Decreto 110/1997, de 11 de septiembre, de Madrid, art. 2.1.c) (Sólo cita los servicios de farmacia de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud); Decreto 22/1991, de 9 de mayo, de Murcia, art. 2.1.e); Decreto Foral 214/1997, de 1 de septiembre, art. 2.g); Decreto 5/1992, de 6 de febrero, art. 2.f); Decreto 27/1987, de 30 de marzo, de Valencia, art. 2.1.h) (Sólo cita los servicios farmacéuticos de hospitales).

tanto amplía el horizonte del contenido del artículo referenciado. Es decir, sería posible a tenor de la legislación dictada al efecto, admitirla como sanción, pero no en los demás supuestos.

1.1. Caducidad por alcanzar la edad de setenta años: Una medida contradictoria e inútil

Entiende el Tribunal Constitucional que desde la perspectiva del art. 149.1.16 CE, nada cabe objetar, pues el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de “interés público” por el art. 1 de la Ley 6/1997 se conecta con dicho interés y ni impide la posibilidad de transmisión ni puede estimarse arbitraria.

Sin embargo, entiende el Abogado del Estado, que desde la perspectiva del art. 149.1.1 CE, se produce una limitación del derecho a la libertad de empresa y al libre ejercicio profesional. Y de este modo se genera una situación de desigualdad respecto a los que ejercen estos derechos constitucionales en otras partes del territorio español. Situación de desigualdad que se acrecienta pues la STC 109/2003, FJ 14 admite que:

«[...] caducidad de la autorización y jubilación son dos cuestiones distintas, [...] porque el farmacéutico cuya autorización ya ha caducado por cumplimiento de la edad, podrá seguir ejerciendo su profesión libremente, incluso colaborando en la dispensación de medicamentos, aunque no como titular de un establecimiento de farmacia 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, de modo que no se produce una cesación forzosa en la actividad profesional. Por tanto, desde la óptica del art. 36 CE, las causas de caducidad de las autorizaciones necesarias para el ejercicio de la actividad de dispensación de medicamentos al público resultan irrelevantes, por lo que no se aprecia vulneración de dicho precepto constitucional por parte de los artículos que estamos considerando».

Sin embargo esta afirmación supone una clara contradicción. O se puede trabajar o no, el puesto que se ocupe tiene carácter accidental. Además, se puede evitar la caducidad vendiendo la farmacia poco tiempo antes de cumplir la edad señalada.

1.2. Caducidad por obtención de otra autorización de apertura en otra población

Establece el grupo normativo regulador que cada farmacéutico sólo puede ser titular de una farmacia. Por tanto, cuando se obtiene otra autorización para el ejercicio profesional en otro núcleo de población, que si se solicita y acepta es porque supone una mejora, parece razonable que se decrete la caducidad de la autorización precedente, para evitar la mercantilización indebida de los méritos que el paso del tiempo y demás condiciones establecidas, otorgan a los farmacéuticos más veteranos frente a los demás compañeros. La mejora profesional constituye el bien jurídico a proteger y no debe llevar aparejado un lucro adicional.

Sin embargo la argumentación que ofrece la STC 109/2003, FJ. 15 tiene otro fundamento:

«[...] Lo propio cabe decir de los supuestos de caducidad por el cumplimiento de la edad de setenta años y por haber obtenido otra autorización de apertura de una oficina de farmacia, pues la competencia autonómica de planificación territorial justifica que en ambos casos se produzca la caducidad de la autorización, puesto que los límites al principio del art. 38 CE que conllevan se enderezan en ambos casos a la mejor prestación del servicio en razón a la plenitud de presencia que se exige a un farmacéutico y a la responsabilidad del titular en la garantía de la prestación del servicio (art. 5 de la Ley 16/1997), siendo, por tanto, medidas proporcionadas a aquel fin que, por ello, están justificadas».

Esta fundamentación tiene poco peso para justificar la solución adoptada. La “mejor prestación del servicio” no se garantiza de esta forma, pues cada farmacéutico sólo puede ser propietario de una farmacia sobre la que recae su responsabilidad como titular de la misma.

1.3. Caducidad en los supuestos en los que el farmacéutico titular se encuentra objetivamente impedido para ejercer su actividad profesional

El Tribunal Constitucional entiende que en estos casos es razonable que la autorización administrativa de la que depende el ejercicio de dicha actividad caduque, si no puede ejercer objetivamente su profesión (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 13).

Sin embargo entiendo que no todos los casos deben tener la misma consideración. Ya he tenido ocasión de exponer que resulta admisible prohibir la transmisión si se sanciona una conducta previamente tipificada que lleve aparejada la adopción de esta medida, o excepcionalmente en el caso de la renuncia, al tratarse de una posibilidad que se otorga a cada farmacéutico. No en los demás supuestos, pues estamos privando al propietario-titular de una parte de su patrimonio. Por tanto, el Tribunal Constitucional, debería haber diferenciado dos tipos de supuestos, que paso a enumerar a continuación.

A. Declaración judicial de ausencia, fallecimiento, incapacitación laboral permanente, total o absoluta y jubilación.

La evolución legislativa y jurisprudencial ha admitido que en estos supuestos, y de forma reglamentaria, se proceda a la transmisión de la farmacia con las garantías inherentes a un procedimiento de estas características. Las consideraciones expuestas a lo largo de este comentario y la propia definición y naturaleza de la oficina de farmacia que establece el grupo normativo regulador me llevan a pronunciarme en sentido contrario al determinado por el Tribunal Constitucional.

Una vez más, y no es la primera, el Tribunal Constitucional intenta hacer “encaje de bolillos” para incardinar este sector en el a veces “invertibrado” Estado autonómico que nos hemos dado. Pero una vez más, entiendo que la solución no es la adoptada, sino que sería necesario legislar modificando el modelo farmacéutico establecido para evitar contradicciones, si es ésta la solución, a la que se quiere llegar.

B. Renuncia del titular, inhabilitación profesional, suspensión definitiva de funciones o incompatibilidad legal.

Nada tengo que objetar a la solución que se da, pues es consecuencia de una opción voluntaria o de una resolución administrativa o judicial que se adopta ante hechos graves, con todas las garantías jurídicas exigibles en un Estado de Derecho y previamente reconocida en una ley básica estatal.

2. ¿La caducidad no menoscaba el art. 33 CE? Cuestiones que afectan a la caducidad, y sobre las que no se ha pronunciado con claridad el Tribunal Constitucional, o de las que discrepo

El art. 33 de la CE establece:

- «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

Sin embargo, para valorar si la caducidad menoscaba o no el art. 33 CE, es necesario estudiar al menos: el principio de libertad de empresa, el ejercicio de las profesiones tituladas: igualdad activa y pasiva, el derecho de propiedad y el concepto de patrimonio que forma parte de una herencia, para poder aventurar un posicionamiento más consistente.

2.1. El principio de “libertad de empresa”¹⁹ exige el mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional.

La libertad de empresa en un determinado sector exige que todas se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional, pues dicha libertad, que la LGS reconoce, sólo existe en una economía de mercado, que resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores.

Sin embargo, la STC 109/2003, FJ 15, que aquí comento, determina:

«[...] Por tanto la caducidad de la autorización administrativa obtenida en su día por el titular no añade ningún impedimento al libre funcionamiento de su empresa, al encontrarse con carácter previo en la imposibilidad de prestar los servicios básicos a la población que le impone el art. 1 de la Ley 16/1997, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia. [...] En conclusión, los preceptos que regulan la caducidad de las autorizaciones administrativas no infringen el principio de libertad de empresa (art. 38 CE)».

2.2. Ejercicio de profesiones tituladas: igualdad activa y pasiva

La STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 9 apuntó:

«[...] como ha declarado este Tribunal en su Sentencia 122/1989, si bien es posible que dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), y como medio necesario para la protección de los intereses generales, los poderes públicos intervengan en el ejercicio de determinadas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de determinadas pruebas de aptitud [...] la exigencia de tales requisitos, autorizaciones, habilitaciones o pruebas no es en modo alguno equiparable a la creación o regulación de los títulos profesionales a que se refiere el art. 149.1.30 CE, ni guarda relación con la competencia que este precepto constitucional reserva al Estado, pues la sujeción a determinadas condiciones o el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ejercer una determinada *actividad laboral o profesional* es cosa bien distinta y alejada de la creación de una *profesión titulada* en el sentido antes indicado, cuyo ejercicio está condicionado a la posesión de concretos títulos académicos (STC 83/1984) o, lo que es lo mismo, a la posesión de estudios superiores, ratificados por el oportuno certificado, diploma o licencia (STC 42/1986)».

Por tanto, es necesario distinguir entre la regulación de la profesión farmacéutica y la regulación de las oficinas de farmacia^{20 21}.

19. Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 206 y 207.

20. Vide STS de 10 de abril de 1990 (Ar. 3638).

21. Vide STC 158/1992, de 28 de mayo: «[...] Todos los argumentos avanzados por la parte recurrente se apoyan en una identificación entre el ejercicio de la profesión farmacéutica y el establecimiento de oficinas de farmacia que no es aceptable. Los farmacéuticos pueden ejercer su profesión de modos distintos a la dispensación al público de medicamentos de uso humano; y también pueden dedicarse a esta última clase de actividad en los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud, y de otros establecimientos legalmente autorizados para ello, de acuerdo con la Ley General de Sanidad de 1986 y la Ley del Medicamento de 1990. Cuestión distinta es que las oficinas de farmacia, junto con los servicios que se incardinan

Respecto a la regulación de la profesión farmacéutica, debemos remitirnos al artículo 36 CE, Ley de Colegios Profesionales, y a la regulación autonómica de aquellas Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de Colegios profesionales²² y ejercicio de profesiones tituladas, conforme a la legislación general.

En todo caso me parece necesario señalar que la igualdad en el ejercicio de la profesión debe ser considerada desde la doble óptica: activa (igualdad de prestación del ejercicio profesional frente a los ciudadanos) y pasiva del ejercicio profesional (igualdad de los profesionales)²³. Así se indica en el fundamento 4º de la STS de 21 de septiembre de 1999, ponente: Exmo Sr D Juan Antonio Xiol Ríos:

«En principio el carácter ligado al ámbito o repercusión nacional parece que puede ser proyectado sobre aquellos aspectos en los que concurren especiales exigencias de igualdad entre todos los profesionales que ejerzan en España una determinada profesión, por lo que debe dirigirse en primer término la mirada sobre aspectos generales de organización, regulación y deontología profesional en los que pueda apreciarse tal aspecto pasivo o de igualdad de trato de los profesionales, como en el aspecto activo o de igualdad de prestación del ejercicio profesional frente a los ciudadanos a los que se refiera».

Dicho de otro modo, debe garantizarse la igualdad activa y pasiva en el ejercicio profesional. Parece razonable cuestionar que la caducidad de una autorización de farmacia en una determinada Comunidad Autónoma no ponga en tela de juicio este objetivo.

2.3. El derecho de propiedad de la oficina de farmacia. La STC 109/2003, de 5 de junio, acentúa la función social de la misma

A. Acercamiento doctrinal y jurisprudencial al derecho de propiedad

Una exposición detallada de los precedentes constitucionales, elaboración y exégesis del art. 33 CE, nos sitúa, con precisión, ante el objeto que estamos estudiando²⁴. Al igual que en nuestro país, el derecho de propiedad aparece regulado en la mayor parte de constituciones europeas²⁵.

en las estructuras asistenciales mencionadas antes, ostenten el monopolio legal para custodiar, conservar y dispensar medicamentos; y también, que exista una íntima relación entre la titularidad de una oficina de farmacia y el ejercicio por cuenta propia de la profesión, en su vertiente de venta al público de productos medicinales, cimentado en que sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios de oficinas de farmacia. Pero el que, de acuerdo con la legislación vigente en España, los farmacéuticos deseen establecerse por su cuenta para dispensar medicamentos al público deban adquirir una farmacia, o abrir una nueva, no permite confundir su derecho a ejercer la profesión, que les otorga su título profesional y les reconoce con carácter general el artículo 88 de la Ley General de Sanidad, con el derecho que ha sido objeto del litigio ante los Tribunales contencioso-administrativos, y del que dimana el presente recurso de amparo: el derecho a abrir una oficina de farmacia».

22. Vide: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Cívitas-Unión Profesional, Madrid, 1996; Silvia del SAZ, *Los colegios profesionales*, Marcial Pons/Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 1996; J.M. SÁNCHEZ SAUDINÓS, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, BOE-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; Luis CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Cívitas-Unión Profesional, Madrid, 1998; José Francisco ALENZA GARCÍA, "Las funciones de los Consejos Generales de los colegios profesionales en el Estado autonómico", *REDA*, 104, (1999), pp. 643-655; Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, "El sistema normativo de los colegios profesionales (Propuesta de un modelo para su interpretación teórica y aplicativa)", *Libro Homenaje al profesor Hernández Gil*, Ceura, Madrid, 2001.

23. Vide José Francisco ALENZA GARCÍA, "Las funciones de los Consejos Generales de los colegios profesionales en el Estado autonómico", o.c., p. 650.

24. Vide: Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1985, pp. 691-703; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO y Alfonso RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, "Propiedad privada y herencia", en Oscar ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 499-501.

25. Vide: José Ramón PARADA VÁZQUEZ, "El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Cívitas, Madrid, 1991, p. 1272 y notas 2, 3 y 4; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO y Alfonso RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, "Propiedad privada y herencia", o.c., pp. 503-506.

El TC ha precisado la configuración de este derecho:

«[...] el derecho de propiedad, incluido en la Sección Segunda del Capítulo 2º del Título I, aparece regulado en el art. 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación»²⁶.

La doctrina ha articulado la tesis de la pluralidad de propiedades²⁷ o de los estatutos de la propiedad. Según esta tesis, no hay propiedad sino propiedades, todas las propiedades son especiales y cada una de ellas posee su propio y específico régimen jurídico. Sin embargo:

«[...] El problema me parece que es si existe todavía un *quid* de común a todos los tipos que permita llamarlos a todos propiedad; o se les seguimos llamando propiedad porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa, en el supuesto, por demostrar, de que el problema sea sólo de denominación. Porque una cosa es el reconocimiento de la pluralidad de diversos regímenes jurídicos y otra diferente la total disolución del instituto»²⁸.

El problema no resulta nada fácil de resolver. Pero en cualquier caso debemos llamar a las categorías jurídicas o instituciones por su nombre con las potestades, deberes, derechos y obligaciones inherentes a las mismas. Dicho de otro modo²⁹:

«Desde el punto de vista dogmático, un derecho de propiedad sólo es reconocible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius disponendi*. Creo que a la misma conclusión se llega desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses. [...]. Esto sólo es posible si se reconoce un derecho subjetivo a los valores en uso, en renta y en venta de los bienes. De aquí puede deducirse la imposibilidad de una configuración legislativa del instituto de la propiedad en que este esencial contenido quede amputado. Por ejemplo: si se quisiera configurar la propiedad privada de acuerdo con las coordenadas del mundo de las concesiones enfitéuticas³⁰, si se

26. STC 111/1983, F.J. 8. Vide Francisco RUBIO LLORENTE y Otros, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Madrid, 1995, pp. 535-546.

27. Vide: Luis DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la constitución", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje ...*, o.c., pp. 1259 y 1260; Ángel M LÓPEZ y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 36 y 39.

28. Vide Luis DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la constitución", o.c., p. 1260.

29. *Ibidem*, p. 1263.

30. Vide Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil III, Derecho de bienes (Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad)*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 170-171: «[...] la enfiteusis surgió como una relación jurídica en la que el dueño de una cosa (el que hoy es censalista) concedía a otra persona (el que hoy es enfiteuta) un derecho real sobre aquella, derecho en cuya virtud podía gozar de ella, asumiendo ciertas obligaciones [...].

Mas ocurrió que, poco a poco, durante la evolución histórica de la figura, el poder del censalista se fue debilitando y fortaleciéndose el del enfiteuta. De forma que, en un cierto momento, se estimó que ambos eran condueños (ésta es la concepción medieval del dominio dividido), y después, ante el aun mayor reforzamiento de las facultades del enfiteuta y disminución de las de censalista, se llegó a estimar que aquél era el único dueño verdadero y que a éste no le restaba sino un poder sobre cosa ajena.

Y la cuestión actualmente –repetimos, para nuestro Derecho positivo– se halla en saber si el legislador quedó en el punto medio de la evolución, o acogió la totalidad de ésta.

Opinamos que la ley española ofrece argumentos en apoyo de ambas soluciones, y, a su vez, contraargumentos para refutar algunos de aquéllos. Mas no parece que todos los que abonan una u otra puedan destruirse, de forma que sólo quedasen subsistentes los en favor de la contraria. Por ello, en conclusión, hay que decidirse por una u otra (ya que no cabe una intermedia, pues o hay condominio o no lo hay) a base de estimar cuáles, en conjunto, son más poderosos; pensando que los opuestos que restan en pie no significan sino que el legislador dictó para la institución preceptos a veces no concordantes con los que habrían correspondido al verdadero modo de ser que, de la misma, adepta la ley.

En la jurisprudencia hay sentencias de las que se deduce que se configura la enfiteusis como un caso de dominio dividido entre enfiteuta y censalista. En otras parece tener apoyo la tesis contraria. [...].

configurara la propiedad sin libre disposición o si se excluyeran de la propiedad categorías de bienes que hagan imposible la participación de la persona en el proceso económico como agente de iniciativa privada. Por decirlo rápidamente: si sólo se admitiera la propiedad personal y fueran excluidos de la propiedad privada los medios de producción».

Más claro, el agua³¹. No se puede convertir la propiedad en una concesión enfiteútica o en una concesión administrativa. La reducción de la propiedad privada a la llamada propiedad personal requiere respaldo constitucional y de la legislación básica dictada al efecto. No se pueden utilizar resquicios jurídicos para modificar la naturaleza jurídica de las oficinas de farmacia admitiendo la caducidad en supuestos que a mi juicio exceden la pretensión establecida en la legislación básica estatal.

No existe problema alguno en admitir la configuración legislativa de categorías de bienes. Este es el caso de las llamadas propiedades especiales. Sobre este particular resulta ilustrativa la STC 61/1997, de 20 de marzo, Fundamento Jurídico 9º:

«Este precepto, en efecto, autoriza al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de trato –asimismo básica o esencial- de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos de propiedad (STC 37/1987, fundamento jurídico 9), lo que puede expresarse, por ejemplo, en la fijación de ciertas limitaciones y servidumbres a fin de evitar una proyección desigual sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones urbanísticas de los terrenos e inmuebles de su titularidad (STC 149/1991, fundamento jurídico 8; asimismo, para otras aplicaciones, fundamento jurídico 1.D y STC 227/1988, fundamento jurídico 8); etcétera».

Es decir, el Estado puede plasmar una determinada concepción que en sus líneas fundamentales deberán seguir las Comunidades Autónomas³². Eso es lo que ha hecho mediante la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia.

*B. La función social como parte integrante del derecho de propiedad*³³

La función social de la propiedad forma parte de su contenido. Así lo manifiesta la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º:

«[...] la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

31. Vide Ángel M LÓPEZ y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 31 y 32: «[...], parece que se puede concluir de la normativa constitucional que ésta impone que tanto las Comunidades autónomas como el Estado (*rectius*: los poderes centrales) vienen obligados a mantener en todo caso el principio de apropiación, disfrute y transmisión por los particulares [...], y que precisamente esta posibilidad de apropiación, disfrute y transmisión es la que debe ser garantizada en igualdad de condiciones básicas para su ejercicio en todo el territorio del Estado».

32. Vide STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 10º: «A resultas de estas condiciones básicas, por tanto, el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales, como, por ejemplo y entre otras, la que disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar, modelo éste que ha venido siendo tradicional en nuestro urbanismo. Las Comunidades Autónomas, desde la competencia urbanística que les reconocen la Constitución y los Estatutos de Autonomía, podrán dictar normas atinentes al derecho de propiedad urbana, con respeto, claro está, de esas condiciones básicas y de las demás competencias estatales que, en cada caso, sean de aplicación (como, vgr., la que descansa en el art. 149.1.8º CE, en relación con la dimensión jurídico-privada del dominio; o la relativa a las garantías expiatorias “ex” art. 149.1.18º CE, en los términos que más tarde se verán).

33. Vide Juan Andrés MUÑOZ ARNAU, *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 148 y 149.

Pero también es cierto que esta función social de la propiedad se incardina en una determinada concepción de la libertad de empresa con la que debe conciliarse. Es abundante la jurisprudencia del TC que delimita el contenido de este derecho³⁴.

Cabe afirmar que los derechos constitucionales, en este caso el derecho de propiedad, puede ceder ante otros bienes o valores constitucionalmente protegidos, pero³⁵:

«[...] ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución».

No parece que sea este el caso que estamos tratando. Por ello me parece necesario reiterar una vez más³⁶:

«[...], están abiertos definitivamente los rumbos que afirman que el propietario tiene una función que cumplir, *una función social*, y que mientras la cumpla, o en la medida en que la cumpla, sus actos como propietario estarán protegidos; se afirma que, por tenerse los *deberes* de satisfacer necesidades individuales y colectivas, se tienen los correlativos *poderes*».

Sin embargo, no es esta la solución que adopta el Tribunal Constitucional.

C. *En la caducidad, el TC admite que la propiedad de la farmacia no es el derecho subjetivo del propietario, sino la función social del tenedor de la misma*

Tal y como ha puesto de manifiesto el profesor Parada Vázquez³⁷, la garantía constitucional de la propiedad plantea numerosos problemas, comenzando por el relativo a qué se entiende por propiedad, es decir, que bienes o derechos comprende a los efectos de su protección constitucional, lo que no siempre coincide con los conceptos y terminología comunes en el Derecho privado³⁸.

El TC admite que el derecho de propiedad no se opera ya sólo en la legislación civil, sino también en aquellas otras leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada³⁹. Sobre todo teniendo en cuenta que predomina el interés general sobre el particular, o sobre el carácter normal de las delimitaciones restrictivas del derecho de propiedad⁴⁰.

34. *Vide*: STC 111/1983, de 2 de diciembre; STC 83/1984, de 24 de julio; STC 225/1993, de 8 de julio, entre otras; Juan Andrés MUÑOZ ARNAU, *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*, o.c., pp. 149 y 150.

35. *Vide* STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3º.

36. *Vide* Ángel M LÓPEZ y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, o.c., p. 62.

37. *Vide* José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”, o.c., p. 1276.

38. Ídem, nota 10: «El concepto de propiedad aquí utilizado no tiene el alcance restringido del Derecho civil, que lo circunscribe al dominio pleno de un hombre sobre una cosa (artículo 348 del Código civil: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”), sino que comprende la titularidad de toda clase de derechos patrimoniales, y por ello la propiedad o dominio, así como los derechos reales, derechos, obligaciones, titularidad de acciones, etc. Tampoco la propiedad se limita a la que preocupaba a los legisladores revolucionarios del siglo XVIII, comprendiendo los muebles y los derechos incorporales. En esto la Constitución se ha puesto al día al utilizar indistintamente en el artículo 33 las expresiones propiedad, bienes y derechos, en correspondencia por otra parte con el concepto amplio de lo que puede ser objeto de expropiación que expresa el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 [...]».

39. *Vide* STC 37/1987, de 26 de marzo.

40. *Vide*: STC 37/1987, de 26 de marzo; STS de 24 de abril de 1973 (Ar. 1866); José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “El artículo 33.3 de la Constitución ...”, o.c., p. 1278: «Sin embargo, habrá que pensar que existe un tope cuantitativo, de forma que pese a la suma de todas estas configuraciones, limitaciones y gravámenes, exista siempre respecto de cada concreta propiedad un último aprovechamiento inatacable o indemnizable que justifique en términos económicos el interés del titular por el bien en cuestión de forma que alejen la propiedad de la imagen del *animal disecado*, que tiene la apariencia de los vivos, pero al que se ha privado de todas sus vísceras y facultades».

El régimen jurídico de las oficinas de farmacia en el Estado y en las Comunidades Autónomas no convierten al propietario de las mismas en un funcionario⁴¹. Si admitimos esta afirmación llegamos a la paradoja de que la propiedad de la farmacia no es el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la misma.

2.4. La autorización, el local y los enseres para ejercer la actividad farmacéutica

A. Constituyen una unidad que integra el patrimonio del farmacéutico y forman parte de la herencia

La concepción del modelo farmacéutico español establece que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas. Es claro y taxativo el art. 1 de la Ley 16/1997:

«En los términos recogidos en la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, las oficinas de farmacia son *establecimientos sanitarios privados de interés público*, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas, en las que el farmacéutico es titular-propietario de las mismas [...]».

Este artículo no tiene el carácter de básico. Pero aunque no se le haya declarado expresamente como norma básica en este texto legal, es obvio que su contenido lo es, como criterio configurador de la actividad farmacéutica, ya calificada como privada en la Ley General de Sanidad de 1986⁴².

Y no es casual esta concepción del modelo farmacéutico español, ni las consecuencias que derivan del mismo. Dicho de otro modo, constituye un modelo formulado en estos términos de forma consciente y expresa⁴³. Un modelo donde la autorización, los locales y enseres para ejercer la actividad farmacéutica forman una unidad que integra el patrimonio y forma parte de la herencia del farmacéutico. Así lo establece, entre otras, la STS de 5 de febrero de 2000 (Ar. 2160):

«Las circunstancias del caso de autos son que, fallecido el farmacéutico titular de la farmacia, los *herederos*, es decir, la viuda y los cuatro hijos, solicitaron la continuidad de aquella farmacia por encontrarse cursando la licenciatura correspondiente dos hijas del difunto. Finalizados los estudios por una de ellas aunque no por la otra, la nueva Licenciada en Farmacia solicitó la continuidad al frente de la oficina correspondiente como titular de la misma en un momento en que la *propiedad* del establecimiento, es decir, del *patrimonio civil* que éste supone, se encontraba pendiente de la liquidación de la *herencia*. [...]».

Por tanto entiende el Tribunal Superior de Justicia que, siendo así que el *patrimonio civil* que implica la farmacia del difunto se encontraba pendiente de la liquidación de la *herencia* de éste, la peticionaria no había adquirido la condición de pro-

41. Vide Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO y Alfonso RODRÍGUEZ de QUIÑONES y de TORRES, “Propiedad privada y herencia”, o.c., p. 524.

42. Vide Juan Francisco Pérez Gálvez, *Farmacia y Patrimonio*, Ibarra de Arce, Andújar (Jaén), 1999, pp. 84-86.

43. Esta es una de las consideraciones que se desprenden de la cuestión de inconstitucionalidad nº 80/1983, que planteó la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, y resuelta por el TC en la Sentencia núm. 83/1984, donde se establece, entre otras cosas, lo siguiente (FJ 3º): «Nada hay [...] en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, [...], pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables. En el presente caso, el Abogado del Estado ha aducido en apoyo de la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida con la limitación, el mandato del art. 43.2 de la CE, y bien puede entenderse así, aunque, como es evidente, tampoco es ello necesario, pues si bien los principios rectores que contiene el capítulo tercero del Título I de la Constitución se imponen necesariamente a todos los Poderes Públicos, nada impide que éstos se propongan otras finalidades y objetivos no enunciados allí, aunque tampoco prohibidos».

pietario, y por tanto a tenor del precepto que se menciona de la Orden antes citada, fue conforme a Derecho la denegación de la titularidad.

Sin duda ésta es la auténtica razón de decidir de la Sentencia que se impugna, aunque esta razón se expresa tras diversas consideraciones y después de llevar a cabo un estudio de la rica problemática que se plantea en la materia, en la que hay que *distinguir los aspectos administrativos y civiles*, pues si bien la actividad de los farmacéuticos tiene un indudable interés público que motiva que esté condicionada a la obtención de una autorización administrativa, *no es menos cierto que una farmacia y sus existencias constituyen un patrimonio civil que es objeto de herencia*. [...].

No existe, pues, incongruencia alguna, pues no la constituye la distinción que se efectúa entre titularidad administrativa de la oficina de farmacia y patrimonio civil que supone ésta, declarándose que dicho patrimonio forma parte de la herencia pendiente de liquidar. [...].

[...], pues tal precepto que exige que el titular de la farmacia sea propietario de la misma, debe interpretarse en sentido amplio y flexible. Lo cierto es que en el caso de autos la recurrente es titular de *derechos hereditarios* sobre el *patrimonio civil* que constituye la farmacia, como reconocieron sus *coherederos* al optar por la continuidad, y en una interpretación amplia del mandato reglamentario debe entenderse que esos *derechos hereditarios* equivalen en todo o en parte a la propiedad».

El concepto técnico de patrimonio es el siguiente:

«El patrimonio, en su significado técnico o útil para la ciencia jurídica moderna, supone la existencia: a) De masas de bienes de una doble faz, una activa (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía para los acreedores). b) De masas de bienes de distinta naturaleza, según la condición de su titular, unidas a éste, separadas o independizadas, por su destino a un fin determinado. El patrimonio aparece entonces como una masa de bienes de valor económico (haber y debe), afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuírsele a quien sea su titular. Masa de bienes a la que las normas jurídicas atribuyen caracteres y funciones especiales; que serán, en fin de cuentas las que vienen a determinar la definición del patrimonio»⁴⁴.

Sin embargo, afirma la STC 109/2003, FJ 15, que aquí comento:

«[...] Si se tiene en cuenta que los locales y enseres no encuentran obstáculos en las leyes recurridas para su transmisión, según hemos constatado también, no cabe duda de que el juicio de proporcionalidad de la medida que venimos exigiendo en nuestra doctrina queda suficientemente cubierto».

Y el art. 103.4 LGS establece:

«Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público».

No parece que sea posible escindir los elementos materiales (local, medicamentos, etc) y la autorización, pues en este caso ya no tenemos una farmacia, sino otra cosa.

Una farmacia necesita un local, como base física de la empresa, unas instalaciones (mobiliario, y en su caso elementos de laboratorio), un cuantioso capital invertido en medicamentos, un personal auxiliar según el volumen de ventas y una autorización que tiene un papel dual al actuar como elemento conectivo y como “energía” en el sentido que precisa el profesor GUASP⁴⁵. Todo ello, como dice la Sentencia de 9 de junio

44. Vide Federico de CASTRO y BRAVO, *Temas de derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972, p. 38.

45. Vide Jaime GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 152-155.

de 1987, constituye un bien patrimonial, cuyo tráfico está sometido a los dictados del derecho privado. Además la STS de 11 de octubre de 1995, Ar. 7894, precisa:

«[...]. Los artículos 5.1 y 9.2 del Real Decreto 909/1978, aquí aplicables, regulan la intervención administrativa en las transmisiones privadas del complejo patrimonial que comprende toda oficina de farmacia, con el objeto de hacer posible dicha transmisión patrimonial estableciendo al propio tiempo las condiciones necesarias para que, verificada la misma, pueda mantener también el nuevo farmacéutico la autorización de apertura de que ya gozaba el titular anterior, [...].

La razón de ser del artículo 5º reside, sin embargo, en *facilitar la transmisión de un haber patrimonial real y no en autorizar transacciones sobre meras autorizaciones administrativas formales, carentes de los distintos elementos que integran materialmente una oficina de farmacia como realidad patrimonial subyacente.* [...].

Lo que el señor O. *pretende transmitir es, por ello, la mera autorización formal de traslado de una oficina de farmacia materialmente desaparecida. Esta circunstancia constituye un obstáculo real* que se opone ya, desde una perspectiva lógica y final de las normas que regulan la cesión, venta o traspaso, a las pretensiones ejercitadas por el apelante. [...].»

B. La caducidad de la autorización extingue distintos tipos de patrimonios, vigentes hasta nuestros días: Patrimonio con titular interino y los bienes gananciales

a) Patrimonio con titular interino.

La figura del patrimonio en situación de interinidad, fue advertida con retraso, respecto a las otras clases de patrimonio. Posiblemente lo ha determinado las muchas dificultades y dudas que la doctrina moderna recoge de la romana, sobre la herencia yacente.

La particularidad del patrimonio en situación interina no se reconocerá modernamente, hasta ponerse en claro la naturaleza de las situaciones de pendencia. Entonces se podrá ver que, al lado de derechos subjetivos aislados, en situación jurídica de pendencia, existen también masas de bienes, con deudas y obligaciones que subsisten unidas, mientras que no ocurre el evento que decide quien sea el titular definitivo. Entonces se tendrá conciencia de otro tipo de patrimonio, de carácter temporal, y que se mantiene en completa independencia durante el periodo de indeterminación de su titular. La razón de ser de esta clase de patrimonio, es la misma que la de las situaciones de pendencia. El Derecho mantiene en suspenso la situación del patrimonio, confiándolo a un titular interino, para la protección del contenido patrimonial e impedir la disgregación de sus elementos; teniendo en cuenta, a la vez, el interés del futuro titular definitivo y el de los acreedores del patrimonio⁴⁶.

Las clases de patrimonio con titular interino, pueden ser varias: dependencia del nacimiento de la persona; de la existencia de la persona desaparecida y declarada ausente, respecto del patrimonio en posesión o poder del representante legal o dativo; de los bienes hereditarios, etc. Sin duda, aunque el encaje jurídico no es total, podemos encontrar situaciones en que los herederos del farmacéutico titular de una farmacia, se encuentran transitoriamente en una situación muy parecida a la expuesta.

«El precepto determinante de la nulidad declarada de los pactos primero a tercero que se quiere extender a los cuarto y quinto y por lo tanto a la totalidad de lo convenido en uno de abril de mil novecientos setenta y nueve resulta ser el Real Decreto novecientos nueve/mil novecientos setenta y ocho, de catorce de abril, por lo tanto una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho

46. Vide Federico de CASTRO y BRAVO, *Temas de derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972, pp. 59 y 60.

patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacias. [...].

Las (farmacias) que se adquieren por herencia de los farmacéuticos que, siendo sus propietarios, ejercían en ellas su profesión, no tendrán la consideración de nuevas farmacias y el nuevo dueño podrá continuar al frente de la misma, si reuniere los títulos necesarios, o bien enajenarla. Y si careciere de tales títulos, vendrá obligado a su enajenación o bien a su cierre, en el plazo previsto en la Orden Ministerial de veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro. Por tanto, parece que ni siquiera la normativa administrativa produce el efecto pretendido por la demandada de quedar dueña del establecimiento que constituía la mejor parte de la herencia causada por su padre y antes bien admite su transmisión «mortis causa» a favor de los herederos instituidos en el testamento de diecinueve de enero de mil novecientos cincuenta. Regularizada administrativamente la farmacia, nada se opone hoy a la plena efectividad de lo pactado en uno de abril de mil novecientos setenta y nueve. [...].

Sin embargo, conforme a la recordada doctrina, es claro que las irregularidades administrativas que cupiera reprochar a la parte demandante y en las cuales participó en pie de igualdad la demandada, no son bastantes a producir la nulidad que se pretende por cuanto la levedad del caso así lo permite y lo que resultaría contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público sería justamente ignorar la voluntad del causante de todos los litigantes y los derechos que de ella y de la ley se derivan para la viuda y los otros descendientes, entre ellos un incapaz»⁴⁷.

Para demostrarlo nada mejor que determinar los caracteres del mismo, entre los que podemos destacar: es una creación de la ley; está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad; tiene carácter temporal.

La STC 109/2003, excluye esta opción en aquellas Comunidades Autónomas que legislen la caducidad en el sentido permitido por el Alto Tribunal.

b) Los bienes gananciales⁴⁸.

No habrá necesidad de entrar en las discusiones suscitadas sobre la naturaleza jurídica de los gananciales, para aceptar la opinión de que se trata de un típico patrimonio colectivo. El Código somete la sociedad de gananciales a una regulación especial y minuciosa. Patrimonio colectivo que el Código cuida de delimitar, mediante la enumeración de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y de los que adquieren la condición de ganancial; regulando meticulosamente el activo y el pasivo de la sociedad, y los poderes que para disponer y obligarla tiene cada uno de los cónyuges como titulares del patrimonio colectivo⁴⁹.

La orientación patrimonial del negocio de farmacia, nos lleva a pensar que es un elemento productivo patrimonial perfectamente susceptible de formar parte del activo ganancial, cuando se adquiere o abre *ex novo*, constante el régimen de sociedad de gananciales u otro de carácter comunitario, como cualquier otro bien de naturaleza comercial. La exclusión sólo podría provenir de la indudable nota personalista que imprime a la explotación de una farmacia la necesidad de titularidad específica en uno de los cónyuges, por lo que es conveniente examinar con detenimiento este aspecto.

No puede ignorarse que la autorización administrativa que da lugar a la apertura de una oficina de farmacia, a pesar de estar orientada fundamentalmente a la corroboración por el órgano administrativo autorizante de los requisitos objetivos de población y existencia de otras farmacias o, en su caso, cumplimiento de las especificaciones regla-

47. Vide STS de 17 de octubre de 1987 (Ar. 7293).

48. Vide José Luis NAVARRO PÉREZ, *La oficina de farmacia en los procedimientos de liquidación y adjudicación de bienes por ruptura matrimonial*, Ibarra de Arce, Andújar (Jaén), 1997, in toto.

49. Vide Federico de CASTRO y BRAVO, *Temas de derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972, p. 65.

mentarias sobre distancias mínimas, tiene su origen en una solicitud de carácter personalista, pues ésta sólo puede ser suscrita por un licenciado en farmacia debidamente colegiado⁵⁰.

¿Resulta este dato de tal importancia que afecta a la naturaleza del establecimiento comercial hasta el punto de convertirlo necesariamente en un bien privativo del cónyuge titulado?. Estimo que no. Tal y como he destacado, la autorización de una oficina de farmacia tiene carácter objetivo. Una vez que esta empieza a funcionar, será el carácter e iniciativa del farmacéutico el que determine su proyección. También desde ese momento forma parte de su patrimonio. Todo ello explica la situación que se producía al morir el farmacéutico titular, pues en caso contrario la muerte lo extinguiría indefectiblemente. Además resulta revelador en extremo que ninguna de las normas administrativas que previenen la continuidad de la denominada «autorización» *post mortem* del titular de la misma se pronuncie o tome en consideración el dato esencial de a quien pertenece la titularidad de la farmacia en el tiempo que media entre el óbito del farmacéutico y la toma de razón del nuevo titular licenciado y colegiado.

Por todo ello la farmacia es un activo patrimonial más y por ende susceptible de cotitularidad ganancial⁵¹, con dirección técnica reservada a titulados en farmacia. Lo que las disposiciones administrativas si ponen de manifiesto, es que la dirección y titularidad de la autorización coincidan en la persona de un farmacéutico⁵².

La atenuación del personalismo que la necesidad de una titulación académica podía dar a la titularidad real de una farmacia y la consideración del ámbito físico de esta concreta actividad como local de negocio, desvanecen desde el punto de vista teórico muchas dudas, sobre si la farmacia, adquirida durante el matrimonio es susceptible de ser ganancial, lo que resulta consecuente con lo dispuesto en el artículo 1.347.3⁵³, del Código Civil.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1979 (R. Aranz. 525), en la que una farmacéutica titular de una oficina de farmacia, que cursó los estudios de licenciatura durante el matrimonio y abrió con fondos presuntamente gananciales el establecimiento, pretendía excluirlo de la masa ganancial y que correlativamente se considerase bien privativo suyo o mejor marco necesario para el ejercicio de una profesión con titulación académica, a lo que se oponían los hijos herederos del cónyuge fallecido. El TS niega la pretensión de la farmacéutica afirmando:

«[...] las farmacias son locales de negocio [...], en ellas se realiza, con establecimiento abierto, una actividad comercial [...]. Lo que la recurrente aportó al negocio de farmacia existente al fallecimiento de su esposo fue el título universitario de farmacéutica, que a ella sólo pertenece y que es intransferible, el cual, obtenido después de cursar los correspondientes estudios durante el matrimonio, la capacitaba para, como titular de una oficina de farmacia, ejercer sus funciones y actividad comercial respecto al negocio que constituye la base económica de la misma y que tiene indiscutible carácter de bien ganancial, conforme al número 1 del artículo 1.401 del Código Civil –antecedente literal del actual artículo 1.437.3º, del Código Civil- y como tal ha de incluirse en las operaciones particionales».

Cuestión distinta es que la explotación sea un derecho que compete ejercer por su configuración técnica al titulado en Farmacia y que el bien sea indivisible y de nece-

50. Vide J. RAMS ALBESA, "La oficina de farmacia en la sociedad de gananciales", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (1987), p. 360.

51. Vide J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Vol. I, Reus, Madrid, 1987, p. 1.023.

52. Cfr. J. LÓPEZ GUZMAN, *Objeción de conciencia farmacéutica*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997, pp. 150 y 151.

53. Código Civil, art. 1.347: «Son bienes gananciales: 3º. Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos».

saría adjudicación al titulado, cuestiones que desde otra perspectiva ha abordado la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁴. En la misma se pone de manifiesto que el cónyuge farmacéutico como cualquier otro profesional liberal o de oficio ejercido por cuenta propia, puede seguir permaneciendo en la titularidad de la farmacia tras la disolución y liquidación de la comunidad, aunque el valor del establecimiento sobrepase el haber que a él le corresponda en el momento de la liquidación de la sociedad ganancial. Otra cosa será la compensación en metálico a los otros partícipes en la misma.

La ganancialidad de la farmacia alcanza al instrumental necesario para el ejercicio de la profesión farmacéutica, en aplicación de la excepción prevista a la privacidad de los instrumentos profesionales en el artículo 1.346.8⁵⁵, del Código Civil, ya que la farmacia puede constituir un establecimiento complejo en los servicios que preste al público, pero que en ningún caso le hacen perder el carácter unitario de establecimiento mercantil especializado⁵⁶.

La conclusión es la misma a la que he llegado en el apartado anterior, es decir, la STC 109/2003, excluye esta opción en aquellas Comunidades Autónomas que legislen la caducidad en el sentido permitido por el Alto Tribunal.

2.5. El Tribunal Constitucional entiende que la caducidad no menoscaba el art. 33 CE

Por todo lo expuesto, parece imposible entender que la oficina de farmacia no forma una unidad que integra el patrimonio de su titular. Otra cuestión, será determinar en que tipo de patrimonio podemos catalogarla.

El pretendido carácter “personal” de las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia, refuerza su consideración como un bien patrimonial, y por tanto no comparto la solución a la que llega la STC 109/2003, de 5 de junio, en el FJ 10, que aquí comento, cuando afirma:

«[...], preciso es señalar que el carácter personal de las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia (que la normativa básica presupone, como se pone de manifiesto en el art. 4.3 de la tan citada Ley 16/1997, en la medida en que una sanción personal da lugar a la clausura o cierre obligatorio del establecimiento) no encaja sin dificultad con una transmisión enteramente libre y que, desde luego, no es esa absoluta libertad la que se desprende de las normas básicas que hemos señalado como canon. [...]. Sin embargo las causas de caducidad reguladas en el art. 14 de la Ley de Extremadura, en lo que afecta a los casos de muerte, incapacitación o renuncia del titular, en modo alguno conducen a esa apreciación, dada la naturaleza personal de la autorización, a la que acabamos de referirnos, y el hecho de que no representan un impedimento general a la libre transmisión».

54. *Vide* STS de 12 de noviembre de 1979, Ar. 4.326.

55. Código Civil, art. 1.346: «Son privativos de cada uno de los cónyuges: 8º. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común».

Los bienes mencionados en los apartados 4º y 8º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho».

56. Cfr. “Las farmacias no están obligadas a pertenecer a las Cámaras”, *Gaceta de los Negocios* del 7 de junio de 1997: «Las farmacias no están obligadas a pertenecer a las Cámaras de Comercio, ya que la función conferida por ley a estas corporaciones mercantiles en favor del interés público ya está cubierta, en el caso de la profesión farmacéutica, por los colegios oficiales. Así lo expresa la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (TSJC) que, al analizar un recurso de 80 farmacéuticos de la región, revisa a la luz de los últimos fallos del Supremo y del Constitucional los argumentos que ya expresó contra la obligatoriedad en 1992 y se ratifica [...]. El TSJC, que ordena devolver las cuotas camerales pagadas por los recurrentes, si contempla la adscripción voluntaria».

En otro fundamento jurídico, la STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 13 determina:

«[...] Considerando, de otro lado, que las farmacias son establecimientos sanitarios privados de interés público, sometidos por ello a autorización administrativa, se alcanza la conclusión de que la caducidad de dicha autorización en casos tasados y proporcionados, no menoscaba el art. 33 CE, máxime cuando queda garantizado el derecho del titular de la oficina a la libre disposición de los locales y enseres».

Sin embargo, creo haber aportado argumentos suficientes para disentir del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

V. EL PROBLEMA DE LA COTITULARIDAD

La Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, art. 20.2, último inciso, sólo permitía la titularidad de una oficina de farmacia a un único farmacéutico, con exclusión de la cotitularidad⁵⁷. Su contraste con el art. 4.1 de la Ley 16/1997, que hace referencia a la transmisión a *otro* u *otros farmacéuticos*, deja en evidencia una opción que por tanto resulta inconstitucional y así lo declara el Tribunal Constitucional.

Tal y como señala la STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 16, se puede afirmar que el art. 20.2 de la Ley 4/1996, de Castilla-La Mancha, no vulnera los artículos 35, 36 y 38 CE:

«[...] no infringe el art. 35 CE, ni en su dimensión individual, en cuanto derecho a un determinado puesto de trabajo, ni en la colectiva, en cuanto obligación de los poderes públicos de promover una política de pleno empleo (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). Garantizada la dimensión individual de este derecho por la titularidad de una farmacia, el precepto también se encauza a satisfacer la dimensión colectiva, pues la titularidad de una única farmacia permite el acceso al trabajo a otros farmacéuticos. En lo relativo a la conculcación del art. 36 CE, tal y como he constatado, el ejercicio de la profesión titulada no ha de ceñirse a la titularidad de una farmacia, sino que admite otros ámbitos diferentes, y no existe ninguna relación entre la titularidad de una única farmacia y el ejercicio de una profesión titulada. Por tanto, el precepto tampoco infringe el art. 36 CE. Desde la perspectiva del art. 38 CE, nada cabe oponer al principio de una única titularidad de farmacia, puesto que el interés público vinculado a las mismas, determina como principio básico ex art. 149.1.16 CE la presencia física de un farmacéutico en el establecimiento justifica esta limitación, habida cuenta de la responsabilidad del farmacéutico titular en la prestación del servicio, de modo que, partiendo de ello, el criterio de una única titularidad resulta constitucional desde esta perspectiva, no habiéndose justificado la existencia de algún otro elemento obstaculizador complementario que pudiera vulnerar aquel precepto constitucional».

Por tanto, es constitucional la previsión de que cada farmacéutico sólo podrá ser titular de una única oficina de farmacia. La normativa básica contenida en la Ley General de Sanidad y en la Ley 16/1997, sólo indica que las farmacias podrán ser transmitidas, admitiéndose la cotitularidad, si bien nada señala acerca del número de farmacias

57. Ya la Real Orden de 7 de diciembre de 1910 reconocía expresamente la copropiedad: «La propiedad y dirección de una Farmacia, dedicada al servicio público, puede corresponder, y ejercerse, por uno o varios farmacéuticos autorizados para ello, siempre que cumplan con las disposiciones que rigen estos servicios». La Base XVI de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944, establecía: «sólo los farmacéuticos, individualmente o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser propietarios de las oficinas de farmacia, de las que serán profesional y civilmente responsables». En base a dicho texto se admitió que el fenómeno asociativo era procedente para especiales farmacias públicas por razón de su titularidad, pero para las farmacias abiertas al público, es decir, privadas, únicamente era posible la copropiedad. El Reglamento tipo de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, aprobado en el Pleno del Consejo General de 6 de diciembre de 1957 y que fue adoptado, con ligeras variantes, por la mayoría de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, se habla de: «plena propiedad o porción alícuota» de la oficina.

de las que es posible ser titular. Corresponderá a las Comunidades Autónomas la “planificación farmacéutica” en su territorio y también “las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones” de las farmacias, y por tanto, nada impide que, en ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo de las bases del Estado, regulen tal exigencia complementaria.

VI. REFERENCIA AL VOTO PARTICULAR

El Magistrado don Pablo García Manzano formula voto particular en el que discrepa con el fallo de la Sentencia y, en lo sustancial, con la argumentación que ha conducido al mismo. Su disenso se centra en la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de las leyes autonómicas que prohíben o impiden la transmisión *inter vivos y mortis causa* de la autorización de las oficinas de farmacia.

Su posición queda formulada en base a la argumentación que paso a detallar. Primero, El art. 4.1 de la Ley 16/1997, no tiene el carácter de básico:

«La Sentencia de la mayoría parte de que dicho art. 4 (se refiere a la Ley 16/1997, de 25 de abril) reviste formal y materialmente el carácter de básico, [...]. Aquí radica cabalmente el núcleo de mi discrepancia por cuanto entiendo –insisto que con todo respeto, como siempre, al criterio de mis compañeros– que el art. 4.1 de referencia no reviste el carácter de básico desde un punto de vista material.

Para alcanzar esta conclusión, entiendo que el único título competencial del Estado que debe tenerse en cuenta es el explícitamente invocado por la propia Ley estatal en la referida disposición final primera: bases de la sanidad. En la dispensación al público de medicamentos a través de oficina de farmacia, prepondera o debe preponderar, a mi juicio, la perspectiva de un establecimiento sanitario “de interés público” sobre la de una concreta actividad empresarial que hiciera viable el acudir a un título competencial no invocado por el Estado, el del art. 149.1.1 CE en relación con el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). Es decir, lo discutido en este pleito competencial atañe a la autorización administrativa de apertura y sus características y, por ende, al farmacéutico-titular, y no a la condición de farmacéutico-propietario que también reviste quien obtiene la autorización».

Sin embargo, admite la condición de farmacéutico-propietario que reviste quien obtiene la autorización.

Segundo, determina que criterios estructurales tienen carácter básico, aunque entre ellos no incluye la autorización de la farmacia:

«[...] lo básico, entendido como una dimensión estructural de la que se derive un tratamiento unitario común para todo el territorio nacional, [...] tiene sentido cuando impone deberes esenciales para la prestación de la función asistencial-sanitaria (por ejemplo: “la presencia y actuación profesional de un farmacéutico” exigida por el art. 5 de la Ley 16/1997), [...]. En estos casos se advierte sin dificultad que nos hallamos ante criterios estructurales y, por ello, básicos, que se adoptan desde una perspectiva de conjunto en la regulación del subsector de la sanidad que son las oficinas o establecimientos farmacéuticos.

Cosa distinta sucede cuando se tiene y declara como básico algo que, como las características de una autorización administrativa de competencia autonómica, no pone en juego la visión de conjunto ni concierne por ello a una dimensión estructural».

Tercero, la transmisibilidad de la oficina de farmacia no debe inscribirse en la normación básica:

«En segundo lugar, porque en la Ley estatal 16/1997, no se encuentra una razón determinante, en cuya virtud haya de inscribirse en el segmento de la normación básica esta característica de la transmisibilidad o no (inter vivos y mortis causa) de las tan mencionadas autorizaciones administrativas de apertura de oficinas de farmacia.

En efecto, de un lado, la Exposición de Motivos de dicha Ley no suministra apoyo principal alguno en esta dirección. [...]. En todo caso solamente entiendo que la necesaria transmisibilidad de la autorización opera una mejora a favor de la población asistida sanitariamente podría alcanzarse la conclusión del carácter básico de la controvertida característica, siendo así que, en principio, no parece hallarse en relación de causa-efecto, la transmisibilidad de la oficina de farmacia y la mejora de la atención farmacéutica a favor de la población.

Por otra parte, los términos en que el precepto formula el criterio de la transmisibilidad permiten una inteligencia del mismo en sentido diverso del que lo hace la Sentencia de la mayoría. [...], partiendo de la transmisión como mera posibilidad y no como requisito imprescindible, que viene a establecer que, cuando así se regule y permita, la transmisión por venta, cesión, traspaso, etc, o por sucesión mortis causa se haga siempre a favor de farmacéuticos, siguiendo en este aspecto de la titularidad profesional del cesionario o adquirente el criterio que ha inspirado nuestra legislación tradicional».

Cuarto, la regulación autonómica declarada inconstitucional guarda coherencia con el carácter *intuitu personae* de dichas autorizaciones:

«[...] Pues bien, siendo ello así, es decir, accediéndose a la titularidad de una oficina de farmacia conforme al criterio de la idoneidad subjetiva, es decir, de la consideración como verdadero agente sanitario del profesional ejerciente, no es coherente que en este régimen que no se opone a la Ley 16/1997 sino que está cercano a sus principios reguladores (art. 3.2) se imponga como normación básica una pieza o elemento de la autorización que se halla en dirección opuesta a la referida configuración personal de la autorización administrativa. Por ello, si bien tiene pleno sentido que las licencias o autorizaciones previas que atienden a criterios objetivos en su otorgamiento sean transmisibles, no cabe afirmar lo mismo cuando la transmisión se predica respecto de permisos o habilitaciones marcadamente subjetivos o personales, pues ello viene a desvirtuarlos».

Sin embargo tampoco me parece acertada la solución a la que llega por los motivos que han sido expuestos a lo largo de este trabajo.

VII. FINAL

La sentencia que he comentado decide en el fallo declarar inconstitucional y nulo el párrafo primero del art. 14 de la Ley 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de Extremadura, en tanto impide toda clase de transmisibilidad de las oficinas de farmacia y el párrafo primero de la disposición transitoria tercera de dicha ley. Idéntica declaración efectúa sobre el inciso “sobre la que no puede recaer cotitularidad”, del art. 20.2, art. 38.1, párrafo tercero y la disposición transitoria segunda, párrafo primero, de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha.

Entre las manifestaciones que voy a efectuar para dar por finalizada esta colaboración se incluyen dos.

Primera, esta Sentencia, supone un primer paso para dar entrada a una nueva concepción de nuestro modelo farmacéutico, que tras la presión legislativa que ejercerán algunas Comunidades Autónomas, puede ser modificado. Es una opción legítima, que en todo caso debe ser coherente con los principios y valores que ha establecido el Tribunal Constitucional.

Segunda, la publicación de esta Sentencia coincide en el tiempo con la entrada en vigor de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE de 29 de mayo, núm. 128) o el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud (BOE de 5 de junio, núm.

134). Es claro, que se trata de una opción, en ambas disposiciones, que intenta garantizar la igualdad efectiva de los ciudadanos y profesionales y de alguna manera supone un contrapunto a una tendencia de dispersión que se ha venido ejerciendo hasta el momento de su aprobación. Es un elemento más de reflexión a tener en cuenta.

En definitiva hay dos problemas resueltos, y uno (caducidad) que deberá ser perfilado en el futuro al hilo de las disposiciones autonómicas que lo regulen.