

Suplemento**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

3819 *Sala Primera. Sentencia 41/2015, de 2 de marzo de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 2285-2013. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears respecto del primer inciso del artículo 24.5 de la Ley del Parlamento Balear 7/1998, de 12 de noviembre, de ordenación farmacéutica de Baleares. Discriminación por razón de edad: inconstitucionalidad del precepto legal que impide participar en los procedimientos de instalación de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años (STC 63/2011).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2285-2013, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears contra el primer inciso del art. 24.5 de la Ley del Parlamento Balear 7/1998, de 12 de noviembre, de Ordenación farmacéutica de Baleares. Han intervenido y formulado alegaciones La Comunidad Autónoma de las Illes Balears y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 17 de abril de 2013 tuvo entrada en el registro de este Tribunal un escrito de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, de remisión de las actuaciones correspondientes al procedimiento ordinario 11-2011, que incorporan el Auto de esta Sala de 10 de abril de 2013, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el primer inciso del art. 24.5 de la Ley del Parlamento Balear 7/1998, de 12 de noviembre, de ordenación farmacéutica de las Illes Balears por posible vulneración del art. 14 CE.

2. En lo que interesa para el presente proceso constitucional, los antecedentes son los que a continuación se exponen.

a) La asociación «Plataforma para la libre apertura de farmacias» (Plafarma) interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejero de Salud y Consumo de 29 de octubre de 2010, por la que se resuelve el recurso de alzada formulado frente a las resoluciones de la Directora General de Farmacia de 27 de abril de 2010 por la que se convocan 18 concursos de méritos para la adjudicación de oficinas de farmacia en las zonas farmacéuticas de Mallorca y Eivissa. El recurso se formula contra dicha resolución «y, de forma indirecta, frente a la Ley 7/1998, de 12 de noviembre, de ordenación farmacéutica de las Islas Baleares y el Decreto 25/1999, de 19 de marzo, que son las normas que le dan cobertura».

b) Declarado concluso el procedimiento y señalada fecha para votación y fallo del recurso, la Sala acordó, mediante providencia de 15 de marzo de 2013, dar plazo común a las partes y al Ministerio Fiscal para que realizaran alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 24.5, primer inciso, de la Ley del Parlamento Balear 7/1998, de 12 de noviembre, de ordenación farmacéutica de las Illes Balears, «por cercenar el derecho a la igualdad ante la Ley previsto en el artículo 14 de la Constitución».

c) El Ministerio Fiscal no se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Considera que la norma cuestionada es efectivamente aplicable, dado que las resoluciones impugnadas convocan concurso de méritos para la adjudicación de oficinas de farmacia y deben aplicar la normativa cuya constitucionalidad se cuestiona. De la constitucionalidad o no de la norma depende el sentido del fallo, habiendo recaído ya pronunciamiento del Tribunal a este respecto en las SSTC 78/2012, 161/2011, 117/2011, 79/2011 y 63/2011. El precepto cuestionado contiene una regulación análoga a otras ya declaradas inconstitucionales y nulas por contener prescripciones limitativas del acceso a las oficinas de farmacia por razón de la edad.

d) La representación procesal de la asociación recurrente se reiteró en su criterio de que el límite de edad impuesto podría ser inconstitucional, por quiebra del art. 14 CE en su vertiente de igualdad ante la ley, aunque entiende que también lo puede ser la caducidad de las autorizaciones como resultado de alcanzar una determinada edad. Señala que la única conclusión a la que cabe llegar es que el art. 10.3 del Decreto autonómico es ilegal y que el art. 24.6 (*sic*) de la Ley de ordenación farmacéutica es inconstitucional. Para ello extracta la argumentación contenida en las Sentencias antes citadas. La representación procesal de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears no formuló alegaciones sobre el planteamiento de la cuestión.

e) El órgano judicial dictó Auto de 10 de abril de 2013 planteando cuestión de inconstitucionalidad sobre el inciso «No podrán participar en el procedimiento para la autorización de una nueva oficina de farmacia los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años en el momento de presentación de la correspondiente petición» del art. 24.5 de la Ley del Parlamento Balear 7/1998, de 12 de noviembre, de ordenación farmacéutica de las Illes Balears.

3. El Auto de 10 de abril de 2013, de planteamiento de la cuestión, argumenta que la entidad recurrente alega, entre otros motivos del recurso, que el baremo de méritos que rige las convocatorias de adjudicación resulta discriminatorio, al excluir la participación de las personas mayores de 65 años, tal y como se regula en el art. 25.4 de la Ley balear 7/1998 y en el art. 10.3 del Decreto 25/1999, citando las SSTC 63/2011, 79/2011 y 117/2011, recaídas en sendas cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas sobre preceptos análogos de otras leyes autonómicas. Como quiera que el precepto cuestionado está vigente y es de aplicación obligada, la conformidad a derecho de este requisito –negativo– recogido en las convocatorias depende de si vulnera o no el art. 14 CE. De ahí que el fallo de la Sentencia que en su día recaiga, y respecto a este motivo consistente en el carácter discriminatorio del baremo por razón de la edad, depende de la validez del primer inciso del precepto legal cuestionado. Pasa a continuación a exponer la doctrina constitucional sobre la cuestión de fondo planteada y razona su aplicabilidad al caso de autos. Señala, finalmente, que la inaplicación de una norma con rango de ley por el Tribunal a fin de salvaguardar la pertinencia del examen del fondo en estos momentos, resulta ser una operación imposible para esta Sala de acuerdo con el recto ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, ya que la aplicación de las normas con rango de ley sólo puede operarse previa la declaración de su inconstitucionalidad.

4. Mediante providencia de 7 de mayo de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la cuestión planteada, deferir a la Sala Primera su conocimiento, y dar traslado de las actuaciones, para personación y alegaciones, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno del Estado, al Fiscal General del Estado, y al Gobierno y Parlamento Balear.

5. Mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional, el 14 de mayo de 2013 la Abogacía de Estado se personó en el proceso sin formular alegaciones. El Senado y el Congreso de los Diputados, por sendos escritos que tuvieron entrada en este Tribunal el 22 de mayo de 2013, también se personaron y ofrecieron su colaboración.

6. El Abogado de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, actuando en la representación de legalmente ostenta, presentó su escrito de alegaciones el 31 de mayo de 2013. Tras resumir los antecedentes, puso de manifiesto que la Comunidad Autónoma, en su contestación a la demanda, había alegado la falta de legitimación activa de la asociación actora en aplicación del art. 69 b) en relación con el art. 19.1 a) de la Ley jurisdiccional. Se partía para ello del art. 4 de los Estatutos que no incluye, entre los fines de la asociación, «ni la defensa de los intereses particulares de sus asociados ni la modificación puntual por vía judicial de las normas reglamentarias que regulan la apertura de farmacias (que en todo caso sería una mera defensa de la legalidad inhábil para el otorgamiento de la legitimación activa) sino, por el contrario, la desregulación del sector, la supresión de cualquier regulación de la materia», de manera que por mucha amplitud que quiera otorgarse a la expresión intereses legítimos y al principio *pro actione* como informador del proceso, no tiene cabida en el mismo el interés en el cumplimiento de la legalidad que ostenta la recurrente, tanto más cuanto ni siquiera ha acreditado que alguno de los asociados supere la mencionada edad. Concluye, en consecuencia, que la Sala no ha acreditado en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. En cuanto al fondo de la cuestión planteada, considera que existe identidad entre el contenido del precepto legal cuestionado y los que fueron objeto de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que declararon que la prohibición del acceso a autorizaciones de las oficinas de nuevas farmacias a los mayores de sesenta y cinco años era una discriminación arbitraria por razón de la edad.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 3 de junio de 2013, la Presidenta del Parlamento de las Illes Balears comunicó que éste no se personaría en el procedimiento ni realizaría alegaciones.

8. El Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones el 14 de junio de 2013. Tras exponer sucintamente los antecedentes, se refiere a los anteriores pronunciamientos en que el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse en relación a preceptos semejantes al que ahora suscita la duda de constitucionalidad, lo que implica que la presente cuestión deba ser resuelta a la luz de las SSTC 63/2011, de 16 de mayo; 79/2011, de 6 de junio; 117/2011, de 4 de julio; 161/2011, de 19 de octubre, y 78/2012, de 16 de abril, alguno de cuyos fundamentos jurídicos transcribe. Considera que a partir de lo en ellas afirmado, la prohibición establecida en primer inciso del precepto cuestionado implica una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible porque no resulta ni idónea ni proporcionada respecto de las posibles finalidades pretendidas, produciendo, en cambio, la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años de modo injustificado, razón por la cual interesa la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del citado precepto.

9. Por providencia de 26 de febrero de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de marzo del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears plantea cuestión de inconstitucionalidad contra el primer inciso del art. 24.5 de la Ley 7/1998, de 12 de noviembre del Parlamento balear, de ordenación farmacéutica de Baleares, que establece: «No podrán participar en el procedimiento para la autorización de una nueva oficina de farmacia los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años en el momento de presentación de la correspondiente petición», que considera podría ser contrario al art. 14 CE.

La Comunidad Autónoma de las Illes Balears considera que no se ha acreditado la relevancia de la norma cuestionada por cuanto el Auto de planteamiento no justifica que la asociación recurrente tenga legitimación activa para la interposición del recurso judicial en cuyo seno se plantea la cuestión. En cuanto al fondo entiende, sin embargo, que este precepto es similar a otros preceptos legales autonómicos sobre cuya inconstitucionalidad ya se ha pronunciado este Tribunal. El Ministerio Fiscal no opone objeción procesal alguna a la admisión y considera, como la Comunidad Autónoma, que la duda de constitucionalidad versa sobre una cuestión ya resuelta por el Tribunal Constitucional.

2. Procede señalar, en primer lugar, que el art. 24 de la Ley balear 7/1998, de 12 de noviembre, ha sido modificado por el artículo 1.11 del Decreto-ley 1/2014, de 14 de noviembre de 2014, por el que se cambia la Ley ordenación farmacéutica de las Illes Balears, sin que la regulación legal vigente desde el 16 de noviembre de 2014 contemple la prohibición de los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años de participar en el procedimiento para la autorización de una nueva oficina de farmacia.

Tratándose de una cuestión de inconstitucionalidad, la modificación de la norma legal sólo puede conllevar la pérdida de objeto del proceso constitucional si, una vez operada, ésta dejara de ser aplicable o no fuera ya relevante para la resolución del proceso judicial en el que ha sido planteada (por todas, STC 73/2014, de 8 de mayo, FJ 2). Pues bien, en este caso no es posible concluir que el proceso haya perdido objeto. Habida cuenta de que en el recurso contencioso-administrativo se impugnan las resoluciones administrativas –convocatorias de concursos de méritos– dictadas en aplicación de la disposición legal cuestionada, su constitucionalidad o inconstitucionalidad incidirá necesariamente en la validez de los actos dictados en su aplicación y recurridos en el proceso judicial *a quo*. Dicho sea esto, claro está, sin perjuicio de la conclusión a la que lleguemos en relación al juicio de relevancia, cuya incorrección denuncia la Comunidad Autónoma como causa de inadmisión de la presente cuestión, y a la que dedicaremos el siguiente fundamento jurídico.

En todo caso, la modificación del precepto cuestionado habrá de incidir en el alcance del fallo si fuera estimatorio. La declaración de inconstitucionalidad, si bien ha de producir necesariamente la inaplicación de la norma cuestionada en el proceso, no podría ir acompañada de una declaración de nulidad por tratarse de una norma que ya ha sido eliminada del ordenamiento jurídico.

3. Según se ha expuesto, el Abogado de la Comunidad Autónoma solicita la inadmisión de esta cuestión de inconstitucionalidad por considerar que no supera el juicio de relevancia (art. 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC). Subraya a tal propósito que el órgano judicial no despeja las dudas existentes sobre la viabilidad procesal de la demanda por la falta de legitimación activa de la asociación recurrente que se puso de manifiesto en la contestación a la demanda. Tal y como este Tribunal ha afirmado (por todas STC 207/2014, de 15 de diciembre, FJ 2) es el órgano judicial al que corresponde comprobar y exteriorizar el juicio de relevancia, de manera que no corresponde a este Tribunal rectificar su criterio salvo en los supuestos en que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se advierta que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia resulta falta de consistencia.

La objeción que ahora formula el Abogado de la Comunidad Autónoma no fue puesta de manifiesto por las partes o el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones del art. 35.2 LOTC, motivo por el cual el Auto de planteamiento de la cuestión no hizo referencia alguna a esta cuestión, lo que aleja este supuesto del que llevó a este Tribunal, en la STC 84/2012, de 18 de abril, a entender incorrectamente realizado el juicio de relevancia. En aquella ocasión este Tribunal afirmó que si bien no puede pretenderse que las cuestiones previas de legalidad procesal sean resueltas en el Auto de planteamiento, resulta necesario que éste incluya un pronunciamiento específico teniendo en cuenta las alegaciones formuladas en el propio trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC, sin que el rechazo implícito de las objeciones entonces puestas de manifiesto permita a este Tribunal controlar la

razonabilidad, suficiencia y coherencia del juicio de relevancia, en orden a garantizar que la cuestión de inconstitucionalidad no se utilice para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para el proceso *a quo*, con la consiguiente perturbación inútil del litigio y, desde la perspectiva del proceso constitucional, con un uso del mismo no acomodado a su naturaleza. En este caso, la Administración demandada no sólo no opuso reparo alguno en el mencionado trámite, sino que ahora hace depender el análisis de la falta de relevancia de la disposición legal cuestionada de una interpretación de los Estatutos de la asociación recurrente que no cabe realizar a partir de la aplicación de principios jurídicos básicos y sin entrar en la cuestión de fondo discutida, lo que excede del juicio que debe realizar este Tribunal, limitado a un mero control externo que no puede reemplazar el del órgano judicial proponente de la cuestión. Debemos, en consecuencia, rechazar la causa de inadmisibilidad planteada por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

4. Entrando en la cuestión de fondo planteada, tal y como señalan en sus alegaciones la Administración autonómica y el Fiscal General del Estado, este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones en relación a preceptos de contenido idéntico al aquí cuestionado que, como las leyes de Castilla-La Mancha, Galicia, Aragón Extremadura y País Vasco analizadas en las SSTC 63/2011, de 16 de mayo; 79/2011, de 6 de junio; 117/2011, de 4 de julio, y 161/2011, de 19 de octubre, y 78/2012, de 16 de abril, prohíbe a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años de participar en el procedimiento para la autorización de una oficina de farmacia. En todas estas ocasiones el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de esta prescripción con el art. 14 CE por los argumentos que a continuación se exponen:

a) El art. 14 CE contiene una cláusula general de igualdad, esto es, un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente salvo que exista una justificación de esta diferencia fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y de consecuencias no desproporcionadas.

b) Los concretos motivos de discriminación referidos en el art. 14 CE, aunque excepcionalmente pueden ser tenidos en cuenta como criterio de diferenciación, están sujetos a un canon de constitucionalidad mucho más estricto y a una carga más rigurosa de acreditar el carácter justificado de dicha diferenciación. La edad es uno de estos factores a los que alcanzan la prohibición de discriminación y las exigencias más rigurosas de justificación y proporcionalidad.

c) La prohibición contemplada por el precepto cuestionado ni está justificada por la dificultad objetiva para prestar el servicio o para adaptarse a las necesidades de la población [STC 63/2011, FJ 4 a)], ni por ser una medida de acción positiva dirigida a favorecer a los integrantes de un colectivo desfavorecido [STC 63/2011, FJ 4 b)], ni por servir a las exigencias de la planificación y organización del servicio [SSTC 79/2011, FJ 4 b) y 117/2011, FJ 5 c)], ni, finalmente, por la necesidad de evitar eventuales tensiones especulativas [STC 117/2011, FJ 5 b) y 78/2012, FJ 3].

En aplicación de esta doctrina debemos declarar que el primer inciso del art. 24.5 de la Ley del Parlamento balear 7/1998, de 12 de noviembre, de ordenación farmacéutica de Baleares, en su redacción originaria, es contrario al art. 14 CE y, por tanto, inconstitucional.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2285-2013 y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del inciso «No podrán participar en el procedimiento para

la autorización de una nueva oficina de farmacia los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años en el momento de presentación de la correspondiente petición» del art. 24.5 de la Ley del Parlamento balear 7/1998, de 12 de noviembre, de ordenación farmacéutica de Baleares.

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

Dada en Madrid, a dos de marzo de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Luis Ignacio Ortega Álvarez.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.