

LA PROPIEDAD Y LA TITULARIDAD DE OFICINAS DE FARMACIA: SU REFORMULACIÓN A LA LUZ DEL INTERÉS PÚBLICO¹

JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE

Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. -II. MARCO JURÍDICO GENERAL: 1. La Constitución. 2. La legislación básica. -III. NATURALEZA DE LAS OFICINAS DE FARMACIA: 1. Su categorización como servicio público impropio o servicio de interés público. 2. Su carácter de establecimiento sanitario. -IV. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE OFICINAS DE FARMACIA: 1. Breve "excurso" sobre el concepto de autorización administrativa y su crisis actual. 2. La autorización administrativa de oficinas de farmacia y su transmisibilidad: rasgos definidores: A. En la legislación preconstitucional. B. En la legislación postconstitucional. 3. Fundamento de la más reciente formulación de la autorización de oficinas de farmacia. -V. CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO MODELO DE AUTORIZACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA: 1. Indicaciones previas. 2. El marco de la Constitución: A. El derecho de propiedad. B. Ejercicio de profesiones tituladas. C. Libertad de empresa. D. Las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y obligaciones. 3. El marco del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad y del 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia.

1. INTRODUCCIÓN

La actividad de dispensación de medicamentos en las llamadas oficinas de farmacia ha sido tradicionalmente categorizada como un servicio sanitario de interés público, lo que ha justificado su intervención administrativa en la mayoría de los países occidentales en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica a la población. Empero, tal intervención nunca ha estado ausente de polémica entre los partidarios de la liberalización del sector y los partidarios de una decidida intervención administrativa dirigida a establecer restricciones cuantitativas y energéticas reglas de funcionamiento.

En esta vieja polémica, que primordialmente ha girado en torno a la conveniencia o no de imponer limitaciones al número de oficinas de farmacia, en nuestro Estado siempre quedó al margen el tema de la propiedad de la oficina de farmacia por el titular farmacéutico y, por ende, el derecho a su transmisibilidad, puesto que, estando sancionado

por el derecho positivo², la generalidad de la doctrina aceptó este régimen. Pero en opinión de parte del colectivo de profesionales farmacéuticos y de determinadas autoridades responsables de la organización de los servicios farmacéuticos, el libre traspaso, venta o cesión de la oficina de farmacia en las circunstancias en que actualmente se desenvuelve el acceso a esta modalidad de ejercicio profesional, genera disfunciones sanitarias y desigualdades de trato que es preciso corregir. Hasta el punto que se ha promulgado reciente legislación autonómica que prohíbe o niega la posibilidad de transmitir *inter vivos* o *mortis causa* las autorizaciones administrativas de oficina de farmacia.

Se añade así a los viejos y nunca cerrados debates, una nueva y viva polémica sobre la constitucionalidad o no de la opción de configurar la autorización de oficina de farmacia como personal e intransferible, opción que, a nadie se le escapa, es de enorme trascendencia por cuanto supone una auténtica y revolucionaria ruptura con el tradicional sistema anterior.

Pues bien, esta alternativa, indudablemente conflictiva en términos jurídico-constitucionales, es la que se intenta analizar en el presente trabajo, y no con la intención de ofrecer al lector respuestas o

¹ El texto de esta ponencia, impartida en La Coruña el día 16 de abril de 1997, ha sido retocado y adaptado a las determinaciones de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia.

² Artículo 22 de las Reales Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1860 y Base XVI de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.

conclusiones cerradas y definitivas, algo que sería, sin duda, bastante pretencioso por mi parte (la respuesta final la dará el Tribunal Constitucional), sino con la más modesta de procurar aportar opiniones argumentadas que puedan ayudar a un mejor encuadramiento y sistematización de esta compleja cuestión.

II. MARCO JURÍDICO GENERAL.

1. La Constitución.

La Constitución, en su artículo 43, incorpora el derecho a la protección de la salud, apoderando a los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, y disponiendo que la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

Constituye el ámbito objetivo de derecho constitucionalizado en el artículo 43 la salud integral de los ciudadanos³ entendida como una atención de la persona en su doble dimensión individual y social, cuyo logro exige de los poderes públicos prestaciones continuas y regulares. Se trata, pues, de un típico derecho de prestación de los que configuran el Estado social, que arrastra una actividad asistencial del ciudadano unitaria y suficiente a la par que garantiza un régimen adecuado de protección de la salud pública⁴.

Este derecho, por estar incluido entre los principios rectores de la política social y económica, no puede catalogarse como un derecho subjetivo perfecto. Sin embargo, el precepto que lo recoge tiene el carácter de norma jurídica y como tal informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, que quedan obligados a realizar las actuaciones precisas para hacerlo efectivo. Como ha dicho PEMÁN GAVÍN⁵, este derecho comprende, entre otros, el derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias, lo que compromete a los poderes públicos a legislar fijando el contenido y alcance de la asistencia sanitaria y de la protección de la salud pública, así como a concretar las fórmulas organizativas a utilizar.

³ Sobre el concepto de salud integral véase P. MANSILLA IZQUIERDO, Reforma sanitaria. Fundamento para un análisis. Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986, págs. 28 a 31.

⁴ En este sentido, TORNOS MAS, "Aspectos constitucionales y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en el libro de ponencias Primer Congreso de Derecho y Salud, Comunidad de Madrid, 1993, pág. 22.

⁵ Derecho a la salud y Administración sanitaria, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 79.

Por otra parte, la doctrina mayoritaria ha defendido⁶ que del artículo 43.2 del texto constitucional se deriva la exigencia de un servicio público de la Sanidad, criterio sostenido también por el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 1 de octubre de 1985 al afirmar que *la naturaleza de la acción sanitaria debe concebirse como un servicio público, máxime después de la declaración constitucional –art. 43.2- de que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*. Es incuestionable que la titularidad de la actividad sanitaria corresponde al Estado, el cual asume la obligación de proporcionar a la comunidad unas prestaciones sanitarias continuas y regulares, así como la de promover y organizar unos servicios sanitarios y, por ende, farmacéuticos, que garanticen a los ciudadanos dichas prestaciones.

Lo que, sin embargo, no prejuzga el precepto constitucional es que dicha actividad haya de realizarse necesariamente por los poderes públicos con carácter exclusivo o monopolístico. Antes al contrario, admite que su legislación reguladora opte por un sistema mixto público-privado. Realmente, del artículo 43.2 se desprende la necesidad de un servicio público entendido en su acepción objetiva, de modo y manera que el Estado ostenta la titularidad de la actividad pero sin reserva exclusiva, pudiendo, por tanto, prestarse en concurrencia con los particulares, si bien sometidos a una fuerte regulación y control público.

Así, a la vista de este marco constitucional, no tuvo inconveniente alguno el Tribunal Constitucional en su Sentencia 83/1984, de 24 de abril, para declarar que nada hay en la Constitución que impida regular y limitar el establecimiento de las oficinas de farmacia -aún en su consideración de establecimientos privados- en razón del mandato contenido en el artículo 43.2 de la Constitución y de cualquier otra finalidad u objetivo no enunciado en los principios rectores que contiene el Capítulo III del Título II de la Constitución, pero tampoco prohibido por ellos.

Respecto al reparto de competencias sobre sanidad, recordar que el artículo 149.1.16 de la Constitución atribuye al Estado la sanidad exterior y la legislación sobre productos farmacéuticos, así como las bases y coordinación general de la sanidad interior, cuyo alcance ha sido fijado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1983, de 28 de abril, diciendo que *consisten en una regulación uniforme y de vigencia en toda la Nación, porque con ellas se proporciona al sistema normativo,*

⁶ Entre otros, J. FERNÁNDEZ PASTRANA, El servicio público de la sanidad: el marco constitucional, Cuadernos Cívitas, 1984, págs. 64 y ss.; M. BEATO ESPEJO, "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", en Revista de Administración Pública, n° 119, pág. 403. y S. MUÑOZ MACHADO, La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos, Alianza Editorial, 1995, págs. 95 y 96.

en este caso, el de la sanidad nacional, un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias. Se entiende que la ordenación farmacéutica es un subsistema del sistema sanitario, esto es, que se trata de una materia integrada dentro de la más genérica de sanidad, por lo que el Estado también detenta competencia para fijar las bases de la ordenación farmacéutica.

2. La legislación básica.

Tres son las leyes dictadas por el Estado que contienen normas básicas sobre ordenación de las oficinas de farmacia.

La primera, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 103, dispone, de entrada, que las oficinas de farmacia abiertas al público son establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el título IV de la Ley⁷, lo que excluye su mera consideración de establecimientos mercantiles e industriales. Seguidamente, determina que las oficinas de farmacias estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacia. Finaliza el artículo preceptuando que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público.

Es de observar que esta Ley habla de planificar en lugar de regular y limitar como lo hacía la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944. Pero de este cambio terminológico no se derivan mutaciones en la regulación limitativa de las oficinas de farmacia. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 11 de noviembre de 1995, (Art. 8743) cuando dice:

"... Es cierto que la Ley 14/1986, de 25 de abril, afecta al sistema legal de limitaciones que la Ley de 1944 introdujo en nuestro Derecho pero no lo deroga, porque no sustituye el régimen de intervención por otro de libertad, sino que, en su artículo 103, apartados 2 y 3, mantiene a las oficinas de farmacia -a las que considera como establecimientos sanitarios a efectos del régimen que establece el título IV de la Ley- sujetas a planificación conforme a una legislación futura de medicamentos y farmacias a las que la propia Ley remite..."

Y, en efecto, la Ley General de Sanidad remite a una legislación especial de medicamentos y farmacias para el establecimiento de los criterios de planificación. Llegamos así a la segunda de las Leyes anunciadas: la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Su artículo 88 establece una serie de criterios a los que deberán sujetarse las administraciones

sanitarias con competencia en ordenación farmacéutica para regular los establecimientos de farmacia. De entre tales criterios y respecto a lo que aquí nos interesa, conviene destacar el que hace referencia a la necesaria planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica. Por lo demás, esta Ley en lo referente a las oficinas de farmacia se autodefine como legislación en materia de sanidad, de manera que las Comunidades Autónomas, a la hora de legislar sobre ordenación farmacéutica, deberán sujetarse a los preceptos básicos fijados por la legislación general sanitaria. En suma, esta legislación especial remite, a su vez, a la general sanitaria.

Finalmente, tenemos la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, que en sus artículos 2.2 y 4, declarados básicos por la disposición final primera, establece que la planificación farmacéutica a actuar por las Comunidades Autónomas deberá realizarse de acuerdo con la planificación sanitaria y con vistas a garantizar la accesibilidad y la calidad en el servicio y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias de cada territorio, y que la transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos.

La *ratio* de esta legislación básica, y esto conviene subrayarlo, es la de garantizar una eficaz asistencia farmacéutica de la mayor calidad posible y convenientemente distribuida territorialmente de forma que toda la población quede debidamente cubierta. Éste es el común denominador que sienta y a él habrá de atenerse el Legislador autonómico. Estructurará su legislación con el propósito de asegurar la adecuada asistencia farmacéutica de la población sobreponiendo en lo necesario este criterio a los intereses de los profesionales prestadores del servicio.

Hasta aquí la normativa básica estatal sobre ordenación farmacéutica. Sin embargo, no conviene terminar este apartado sin hacer referencia al Real Decreto 1667/1989, de 22 de diciembre, de reconocimiento de Diplomas, Certificados y otros Títulos de Farmacia de los Estados miembros de la CE y del ejercicio efectivo del derecho de establecimiento, en la medida que su artículo 11.3 dispone que "la cesión, traspaso o venta de una oficina de farmacia solamente podrá realizarse a favor de otro farmacéutico siempre que haya permanecido abierta al público al menos tres años".

Este Real Decreto transcribe las Directivas 85/432 CEE, 85/433 CEE Y 85/584 CEE, Y atendiendo a los principios que relacionan el derecho comunitario y el derecho interno, uno de los cuales es el de primacía del primero sobre el segundo, resulta comúnmente aceptado que las normas de transposición de las Directivas comunitarias han de considerarse legislación básica, cuando en la materia sobre la que versan, la delimitación entre la competencia estatal y la autonómica se hace me-

⁷ Como establecimientos sanitarios también deben entenderse sujetos a los Capítulos V y VI, donde se precisa que los establecimientos sanitarios están sometidos al régimen de autorización previa.

⁸ Así, J.L. RIVERO ISERN, Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia, E. Trivium, 1992, pág. 44.

dian­te la distinción entre legisla­ción básica y legisla­ción de desarrollo. De ahí que se entienda que el referido Real Decreto forma parte de la legisla­ción básica estatal en materia de sanidad, por lo que vincularía al legisla­dor autonómico en el ejercicio de sus potes­ta­des legisla­ti­vas .

Al hilo de lo anterior, algunos pretenden deducir de la dicción del artículo 11.3 una consagra­ción en legisla­ción básica del derecho a la libre cesión, traspaso o venta de la oficina de farmacia por su titular. Pero en absoluto creo que pueda darse tal alcance al referido precepto, puesto que las Directivas y, por ende, el Real Decreto que las transpone, se mueven en otros parámetros que nada tienen que ver con esa concreta posibilidad. De lo que tratan tales Directivas es de la coordinación y mutuo reconocimiento por los Estados miembros de los diplomas, certificados y otros títulos de farmacia, facilitando así el ejercicio profesional en todos los Estados miembros. Y lo que dispone la Directiva 85/433 en su artículo segundo es, de entrada, un reconocimiento de igual valor a los títulos y diplomas existentes en todos los Estados miembros, pero, no obstante tal reconocimiento, también habilita a los Estados miembros para no otorgar valor a dichos diplomas y títulos cuando se trate del establecimiento de nuevas farmacias abiertas al público y, a estos efectos, la Directiva considera como tales las farmacias que llevan abiertas menos de tres años. Dicho de otra forma, el ámbito de aplicación de la Directiva en materia de reconoci­miento de títulos se extiende a las actividades farmacéuticas llevadas a cabo en oficinas abiertas al público más de tres años, pues si llevan abiertas menos de ese tiempo se consideran de nueva apertura. Por tanto, sólo se regulan cuestiones relativas a la validez o no de diplomas y títulos al objeto de posibilitar el ejercicio profesional en los diferentes Estados miembros, pero en modo alguno ámbitos sustantivos de las oficinas de farmacia. Abundando en lo dicho, conviene traer a colación que dichas Directivas anuncian en sus exposiciones de motivos la consciente y deliberada inhibición comunitaria en todo lo relativo a los sistemas nacionales de apertura de oficinas de farmacia o de libre prestación de servicios farmacéuticos, que dejan a la exclusiva competencia de cada Estado miembro. Y ello, porque los órganos comunitarios son conscientes de la amplia gama de regímenes de oficinas de farmacia que van desde la total liberalización (Inglaterra)¹⁰ hasta el sistema concesional (Dinamarca) .

⁹ Así, J.L. RIVERO ISERN, Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia, E. Trivium, 1992, pág. 44.

¹⁰ Sobre el régimen de farmacias en la Unión Europea, vid. R. MARTÍN MATEO, "La Ordenación de oficinas de farmacia", Revista Derecho y Salud, Julio-Diciembre de 1995, pág. 151.

III. NATURALEZA DE LAS OFICINAS DE FARMACIA.

I. Su categorización como servicio público impropio o servicio de interés público.

La actividad de asistencia farmacéutica siempre y en todos los países civilizados ha sido intervenida por la Administración puesto que la conservación y dispensación de medicamentos requiere condiciones estrictas por el riesgo que puede provocar para la salud de los ciudadanos. Ciertamente, se trata de un servicio vital para la Comunidad pues la salud de la población esta en juego. Constituye, sin duda, un eslabón imprescindible en la cadena de los servicios sanitarios a que obliga el artículo 43.2 de la Constitución. De ahí que por la doctrina tradicionalmente se haya asignado a la oficina de farmacia el carácter de servicio público impropio o de servicio de interés público,¹¹ carácter confirmado por el Tribunal Supremo insistentemente y revalidado por el artículo 10 de la reciente Ley 16/1997, de 25 de abril.

De la consideración de servicio público impropio o de actividad privada de interés público, el Tribunal Supremo en las Sentencias de 28 de septiembre de 1983 y 30 de septiembre de 1986, deriva la específica consecuencia de la prevalencia del interés público en la organización del servicio farmacéutico sobre los intereses de los profesionales que lo prestan, de tal manera que es el interés público el que marca el criterio interpretativo que debe prevalecer al aplicar las normas en vigor relativas a la apertura de farmacias.

Además, tal consideración justifica y explica su sometimiento a la función planificadora. Y como ya nos es conocido, la función planificadora está contemplada en el citado artículo 88 de la Ley del Medicamento al recoger entre los criterios que habrán de ser tenidos en cuenta por las Comunidades Autónomas a la hora de realizar la ordenación de las oficinas de farmacia, la "planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica".

¹¹ Centrándonos en reciente jurisprudencia, la Sentencia de 28 de septiembre de 1983 (AL 4535), califica la oficina de farmacia de servicio público impropio. Por su parte, la Sentencia de 30 de septiembre de 1986 (AL 6109), dice al respecto que la actividad farmacéutica, si bien no es un servicio público en sentido técnico y propio, sí es una actividad privada de interés público. y la Sentencia de 30 de junio de 1995 (AL 5248) alude a esta cuestión recordando que los motivos o finalidades por los que nuestro Derecho abandona un sistema de libre concurrencia y configura la actividad de asistencia farmacéutica con los caracteres de <servicio público impropio> o de <servicio de interés público>, sujetándola a determinadas limitaciones y exigencias, son diversos y no sólo, de manera excluyente, la más cómoda prestación del servicio farmacéutico al público, aunque sea la calidad y eficacia de éste, sin duda, el interés prevalente en la norma.

2. Su carácter de establecimiento sanitario.

Evidenciada la idea de que la dispensación de medicamentos en oficinas de farmacia es un servicio de interés público sometido a planificación, conviene hacer notar que también se trata de una actividad privada integrada, entre otros elementos, por un conjunto de bienes con valor económico y susceptibles de tráfico jurídico. Así, el artículo 10 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, -que no tiene el carácter de básico- reconoce expresamente el carácter privado de los establecimientos farmacéuticos. Desde esta consideración se ha resaltado su dimensión de comercio o empresa de la que sería propietario y director el farmacéutico titular.

Sin embargo, sabemos que el artículo 103.2 de la Ley General de Sanidad -que sí es básico- ha calificado a las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios. Pues bien, esta dimensión se sitúa por encima de su consideración como empresa. Y es que, en efecto, antes y por encima de empresa es un establecimiento sanitario mediatizado por la tutela administrativa de su función socio-sanitaria, de tal manera que los elementos civiles y mercantiles se integran en una estructura de orden administrativo donde radica su consistencia (S. de 24 de abril de 1973. Ar. 1866). Posteriormente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasiones varias de reiterar esta prevalencia¹².

La categorización legal de los establecimientos farmacéuticos de servicios sanitarios de interés público, habilita a los poderes públicos para regulados en uso de la potestad que les confiere el artículo 43.2 de la Constitución, y sin que el artículo 38 del texto constitucional sea obstáculo para tal regulación¹³.

También justifica la intervención administrativa dirigida, por razón de la planificación, a la imposición de las restricciones que demande el interés general. Entre ellas, la técnica autorizatoria y la limitación del número de establecimientos; limitación causante de que, actualmente, muy pocos profesionales farmacéuticos puedan acceder al ejercicio de su profesión en la modalidad de oficina de farmacia abierta al público. y tratándose de un servicio limitado, autorizado y controlado administrativamente, su libre transmisión entre privados colisiona con los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben conformar el acceso a la titularidad de esta categoría de servicios

¹² Así, en su Sentencia de 2 de noviembre de 1993 (AL 8772) ha dicho que es dudoso que el amplio concepto de <empresas o centros de trabajo> pueda ser aplicado como definidor de una oficina de farmacia, que además de ser eso es también un establecimiento sanitario sometido por ello a normas específicas que sobrepasan los aspectos derivados de ser una actividad económica. Y en su reciente Sentencia de 30 de junio de 1995 (AL 5248), insiste en esto al decir que el artículo 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad, considera las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios a los efectos de lo previsto en el Título IV de la propia Ley, lo que excluye su mera consideración mercantil e industrial.

¹³ Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de diciembre de 1994 (Ar. 10143).

sanitarios; principios que no pueden ser ignorados ni eludidos por los poderes públicos y menos aún en servicios como éste fuertemente intervenidos por su interés público. Más adelante volveré sobre esta cuestión.

IV. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE OFICINAS DE FARMACIA.

1. Breve "excurso" sobre el concepto de autorización administrativa y su crisis actual.

Es bien conocido que el concepto de autorización manejado tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia es tributario de la teorización dogmática que MAYER Y RANELLETTI hicieron de este instituto jurídico, en virtud de la cual la autorización viene a ser una declaración de voluntad de la Administración mediante la que permite a un sujeto el ejercicio de un derecho preexistente, esto es, del que ya era titular, previa valoración de la legalidad de tal ejercicio en relación con aquellos ámbitos del orden público que la Administración debe tutelar. Al hilo de esta construcción también se ha convenido en que la autorización administrativa tiene un carácter declarativo y no constitutivo, ya que se limita a remover los obstáculos legales existentes para el ejercicio por el sujeto de ese derecho preexistente atribuido por el ordenamiento jurídico. Carácter declarativo que, a su vez, ha servido para diferenciada totalmente de la figura de la concesión administrativa de la que, por contra, se predica como .nota esencial su carácter constitutivo de derechos.

En líneas generales, esta tradicional concepción de la autorización, con todas las cautelas precisas en razón de la crisis dogmática en que está inmersa, sigue, no obstante, informando la doctrina y la práctica administrativa y jurisprudencial actual. Incluso el propio Tribunal Constitucional se adhiere a esta construcción cuando en su Sentencia 135/1992, de 5 de octubre, afirma que las autorizaciones administrativas *consisten en remover los límites a los obstáculos para el ejercicio de un derecho preexistente en principio*.

Sin embargo, como acabo de decir, es obligado señalar que el clásico instituto liberal de la autorización administrativa viene soportando en las últimas décadas serias quiebras en algunos de sus elementos configuradores; quiebras derivadas de la propia evolución de la intervención administrativa por mor de la paulatina conversión de nuestro Estado liberal en un Estado social de Derecho generadora de profundas transformaciones sociales que han impulsado al legislador a regular la autorización con distintos alcances y significados a fin de dar cumplida respuesta a las exigencias de este tipo de Estado.

Uno de los puntos de mayor ruptura de la concepción tradicional se debe a la necesaria distinción entre autorizaciones sin límite de número y aquellas limitadas en número (taxis, oficinas de farmacia, autorizaciones de importación, bancos, etc.), respecto de las que, evidentemente, se desdibuja la idea del derecho preexistente. La limitación del número o su otorgamiento discrecional ha impulsado a la doctrina más autorizada, GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ¹⁴, a decir que *en estas circunstancias hablar de un derecho preexistente no sólo es excesivo, sino que está en abierta contradicción con la realidad de las cosas*. De ahí que esta doctrina se vea en la necesidad de independizar el concepto de autorización de la existencia previa de un derecho. También lo entiende así el Tribunal Supremo al admitir que el concepto de autorización como *genus*, que exigía en todo caso la preexistencia en el sujeto autorizado de un derecho verdadero y propio, se ha desplazado a la consideración de acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente¹⁵.

La relativa proliferación de actividades económicas sometidas a autorizaciones limitadas en número ha inducido a algún sector de la doctrina, VILLAR P ALASÍ¹⁶ y PARADA V ÁZQUEZ¹⁷, a plantear la conveniencia de reservar el concepto de autorización a los supuestos en que no existe limitación en el número de beneficiarios ni discrecionalidad en el otorgamiento, remitiendo al concepto de concesión los demás supuestos en que la legislación permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas. En esta misma línea se pronuncia recientemente LÓPEZ MENUDO¹⁸ al resaltar la dificultad de deslinde dogmático entre la concesión del servicio público y actividades como la que nos ocupa, que aunque privadas desde el punto de vista subjetivo de la persona encargada de su prestación, es pública desde la perspectiva de la función, lo que da lugar a la categoría de los servicios públicos impropios. Hasta el Tribunal Supremo se ha hecho eco de estas dificultades conceptuales, al admitir que el concepto de autorización ha pasado a tener más de un significado dejando, por consiguiente, de poseer una naturaleza radicalmente opuesta al de concesión¹⁹. En fin, opina

PARADA V ÁZQUEZ²⁰ que *en general, a todos aquellos casos en que se da una limitación de la actividad, el número parece transmutar la idea del derecho o posibilidad abierta a todos los ciudadanos a ejercer un derecho o a ser admitido a una actividad o profesión, en la contraria de que se trata de un privilegio que la Administración crea para un administrado; en suma, de una concesión*. Por contra, S. MARTÍN RETORTILLO²¹, estudiando precisamente las de farmacia conforme al régimen establecido por el Decreto de 1957, defendió ese mismo año que no se operaba tal transmutación ya apuntada entonces por VILLAR P ALASÍ, y que continuaban siendo verdaderas y propias autorizaciones.

En lo que sí existe bastante unanimidad o coincidencia doctrinal²² es en atribuir a las autorizaciones limitadas en número las dos siguientes necesarias consecuencias: en primer lugar y en línea con la solución arbitrada por el artículo 13 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, su intransmisibilidad²³, y, en segundo lugar, la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a las mismas; criterio que también se ha positivizado en el art. 77.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales en el que se dispone que "las licencias se otorgarán directamente, salvo si, por cualquier circunstancia, se limitase el número de las mismas, en cuyo caso lo serán por licitación y si no fuera posible, porque todos los autorizados hubiesen de reunir las mismas condiciones, mediante sorteo".

Otro de los ámbitos en que también luce la crisis de que venimos hablando es el de las autorizaciones regladas, y ello, a pesar de ser las que mejor se ajustan al esquema tradicional del derecho preexistente²⁴ al configurarse como de obtención automática en la medida en que el solicitante se acomode a todos los requisitos fijados previa y exhaustivamente en la norma. Y ha entrado esta modalidad en crisis porque siendo paradigma de la misma la licencia urbanística de edificación, a causa del artículo 20 de la Ley estatal de reforma del suelo de 1990 - artículo 33.1. del Texto Refundido de la Ley del suelo de 1992 donde literalmente se dice que el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar-, ha dejado de

²⁰ *Op. cit.* pág. 299.

²¹ Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias, *RAP*, 24, 1957, pág. 157.

²² Por todos, *vid. F. LÓPEZ MENUDO, op. cit.* pág. 715

²³ El apartado tercero del referido artículo sienta la regla de que no son transmisibles las licencias cuando el número de las otorgables es limitado.

²⁴ Así lo pone de manifiesto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995 (Ar. 5999) al declarar que el otorgamiento de las licencias de naturaleza reglada debe atenerse a lo establecido en las normas que contienen limitaciones proyectadas sobre derechos preexistentes cuyo ejercicio trata de conciliarse con las exigencias derivadas del interés público o social a través de dicha manifestación de la intervención administrativa

¹⁴ Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Cívitas, 1993, pág. 138.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1981. (Ar. 4727).

¹⁶ La intervención administrativa en la industria. *LE.P. Madrid*, 1964.

¹⁷ Derecho Administrativo. Parte general. Marcial Pons, 1989, pág. 300.

¹⁸ Enciclopedia Jurídica Básica, voz "Autorización", Cívitas, 1995, 713

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1982. (Ar. 355).

ser meramente declarativa de un derecho preexistente del propietario del suelo, el *ius edificandi*,²⁵ para pasar a tener carácter constitutivo pues otorga este derecho .

En este breve recordatorio de los elementos en crisis de la institución también conviene hacer una escueta referencia a las llamadas autorizaciones operativas -entre las que la doctrina encuadra las autorizaciones de oficinas de farmacia²⁶ que se caracterizan por pretender encauzar o programar la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes y programas administrativos. Este tipo de autorizaciones, en razón de la complejidad de los objetivos perseguidos, cada vez tiene reconocido un mayor ámbito de apreciación discrecional de la Administración en orden a su otorgamiento²⁷. La constatación de esta realidad (ámbito de discrecionalidad) también ha impulsado a la doctrina a declarar que su peculiar naturaleza las acerca mucho más a la concesión que a la autorización²⁸.

Finalmente y dejando de lado los aspectos en crisis, una breve alusión a las autorizaciones personales cuyo otorgamiento atiende a las cualidades del peticionario y no a las condiciones del objeto sobre el que recae. La doctrina también es aquí unánime en el entendimiento de que no es lógica ni posible su transmisibilidad, pues la entrada en juego de un nuevo titular equivale a un otorgamiento *ex nava* de la autorización primitiva²⁹. Pues bien, no resulta ocioso traer a colación que el Tribunal Supremo, en el marco de los derechos que la Ordenanza de 1860 otorgaba al cónyuge viudo del titular farmacéutico, no tiene óbice en categorizar la autorización de oficinas de farmacia como *personalísima* por nacer en atención a circunstancias específicas de una persona, que desaparecen con el óbito de

²⁵ Sin embargo, es de advertir que esta lectura del referido artículo 33.1 no es unánime por parte de toda la doctrina. Se manifiestan a favor de la no preexistencia del derecho a edificar, entre otros, MERELO ABELA y PAREJO ALFONSO. Por contra, se muestran partidarios de mantener la orientación tradicional, a pesar de la dicción literal del artículo 33.1, BALLESTEROS FERNÁNDEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ, entre otros. L. PAREJO ALFONSO, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Ariel, 1990, pág. 619, dice que Se ha producido, en efecto y como consecuencia de la LrS 1990, un cambio sustancial en el régimen legal de la licencia urbanística. que incorpora a éste alguna nota propia de los actos concesionales. En efecto. si bien la licencia continúa siendo un acto debido y reglado, siempre que lo pedido se ajuste a la ordenación urbanística aplicable, no se limita a alzar (declarativamente) en el caso concreto la prohibición general de ejercicio sin licencia de un derecho previamente existente en el patrimonio del solicitante. Ahora ese derecho no preexiste, pues se adquiere justamente con ocasión y en el momento del otorgamiento de la licencia (art. 20 LrS 1990), lo que significa que ésta tiene eficacia constitutiva..

²⁶ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit.* pág. 140.

²⁷ Aunque, ciertamente, no es posible encontrar ningún ámbito de discrecionalidad en las de oficinas de farmacia.

²⁸ Por todos, PARADA V ÁZQUEZ, *op. cit.* págs. 299 y 300.

²⁹ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA Y T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit.* pág. 147

ésta de suerte que la viuda no la patrimonializa ni, por ende, la puede transmitir³⁰.

En fin, como recapitulación de estos sucintos apuntes, puede afirmarse que actualmente la autorización administrativa está muy lejos de poder considerarse una institución sólida y sin fisuras en su construcción dogmática. La variedad de contenidos y significados que encierra la hacen difícilmente aprehensible y reconducible a la unidad. Bastantes de sus actuales regulaciones se alejan mucho del esquema liberal originario. De ahí que no sea posible un único concepto válido de autorización al que forzosamente hayan de reconducirse todas las manifestaciones de esta figura existente en el derecho positivo. Por contra, el ordenamiento jurídico-administrativo nos ofrece construcciones de esta institución con dispares contenidos y alcances, pero válidas todas ellas pues son legítimas opciones del Legislador.

2. La autorización administrativa de oficinas de farmacia y su transmisibilidad: rasgos definidores.

A. En la legislación preconstitucional.

Dejando de un lado antecedentes más remotos, y centrándonos en lo que aquí nos interesa, que es la evolución de la intervención administrativa en la actividad de dispensación farmacéutica mediante la técnica autorizatoria, debemos partir de la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855, cuyo artículo 81, por primera vez, establece la necesidad de solicitar y obtener previa autorización para el establecimiento de farmacias abiertas al público. Conforme a la configuración de esta autorización hecha por las Reales Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1860, que desarrollan la Ley en esta materia, se trata de una autorización reglada que objetivamente se limita a constatar unos hechos al margen de cualquier valoración específica sobre el supuesto concreto por el órgano autorizan te. No se limita su número, por lo que cumpliendo los requisitos fijados normativamente, existe plena libertad para el establecimiento de nuevas farmacias. Son, pues, autorizaciones regladas y de *numerus apertus*. El artículo 22 de las Ordenanzas, prevé la posibilidad de venta o traspaso de farmacias entre farmacéuticos.

Este régimen de autorización se reitera por la Instrucción General de Sanidad de 12 de febrero de 1904, en la que se reglamenta lo relativo a la autorización para la apertura de establecimientos farmacéuticos cuyo otorgamiento se atribuye al Alcalde.

³⁰ Por todas, puede consultarse la Sentencia de 30 de noviembre de 1991 (Ar. 9194).

Sin embargo, una propuesta de alteración sustancial de este régimen se pregona en el Estatuto de Colegios Farmacéuticos de 4 de octubre de 1934, en el que, como deseo o aspiración corporativa, se recoge en la base nI, párrafo 16, lo siguiente: "... Por ser de sumo interés para la salud pública y una razonada y útil distribución de los servicios farmacéuticos, el Gobierno reglamentará, a propuesta de la Unión Farmacéutica Nacional, el nuevo establecimiento, distribución y, en su caso, limitación de las oficinas de Farmacia". Esta aspiración corporativa se recoge en el Decreto de 24 de enero de 1941, en el que se restringe la libertad de establecimiento de nuevas farmacias, fijando límites en razón del número de habitantes (distancias mínimas entre ellas)³¹ y disponiendo que, en todo caso, el número de las establecidas no podrá exceder de una farmacia por cada cinco mil habitantes. En suma, se mantiene la naturaleza reglada pero se pierde el carácter de *numerus apertus*, en la medida en que la autorización se predetermina sobre la base de *numerus clausus*.

La Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, siguiendo esta misma línea, en su base 16 dispone que "queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia incluso con las amortizaciones que se crean precisas, dejando a salvo los intereses de la propiedad". Esta misma base dispone que sólo los farmacéuticos, individualmente o asociados en la forma que se autorice, podrán ser propietarios de las oficinas de farmacia, de las que serán profesional y civilmente responsables. Preceptúa también que el traspaso o venta de las oficinas de farmacia se efectuará en las condiciones que se determinen por la Dirección General de Sanidad en el oportuno reglamento, aunque, como veremos, lo relativo a ventas y traspasos de oficinas de farmacia no se reglamentará hasta los años 1978 y 1979, Y aun así muy parcamente. Finalmente, y esto conviene hacerlo notar, la base 16 da un nuevo sesgo a las autorizaciones, que sin dejar de ser regladas y de *numerus clausus*, se constituyen también como "operativas" en la medida que permiten encauzar y dirigir la actividad de dispensación de fármacos en las líneas marcadas por los planes y programas sanitarios que elabore la Administración.

Los criterios de crecimiento demográfico poblacional establecidos en 1941, se mantienen en el Decreto de 31 de mayo de 1957, que viene a sustituir al de 1941, aunque con algunos cambios que suavizan las anteriores exigencias de distancias entre las oficinas de farmacia y de su número máximo en razón

³¹ Se establecen las siguientes distancias entre farmacias: 250 metros en poblaciones de más de cien mil habitantes; 200 metros en poblaciones de cincuenta a cien mil habitantes; y 150 metros en poblaciones entre cinco mil y cincuenta mil habitantes (artículo 1 del Decreto de 1941).

de los habitantes³². Como novedad, su artículo 6º introduce la caducidad de las autorizaciones para el supuesto de farmacias cerradas durante dos años. Por otra parte, refuerza la funcionalidad operativa de las autorizaciones³³.

Finalmente, llegamos al Decreto 909/1978, de 14 de abril, que mantiene la *ratio* de una farmacia por cada cuatro mil habitantes establecida por el Decreto de 1957, generalizando, por otra parte, en doscientos cincuenta metros las distancias mínimas entre farmacia para todos los municipios con independencia de su número de habitantes.³⁴

Como he observado antes, habrá que esperar a este Decreto para que vean la luz algunas normas relativas a la venta y traspaso de oficinas de farmacia, tanto en transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*³⁵. De ellas, en lo que aquí interesa, conviene destacar las siguientes reglas restrictivas de la transmisibilidad:

-En el marco de la transmisión de oficinas de farmacia por su titular, dispone que su cesión, traspaso o venta sólo podrá realizarse a favor de otro farmacéutico y siempre que haya permanecido abierta al público al menos seis años (art. 5.1.). Introduce, por tanto, una limitación temporal a la facultad dispositiva del titular propietario de la farmacia³⁶.

-Respecto de las oficinas situadas a menos de 250 metros de otra u otras, limita la libertad de elección del adquirente a través de la configuración de un derecho de adquisición preferente en favor de los farmacéuticos colindantes, con objeto de proceder a su clausura y amortización (art. 5.2). Por consiguiente, nueva limitación a la facultad dispositiva del propietario de la farmacia que no puede elegir al adquirente.

³² "Podrá autorizarse el establecimiento de nuevas farmacias cuando la distancia existente entre el local en que pretendan instalarse y cualquiera de las ya establecidas no sea inferior a: -Doscientos veinticinco metros en los Municipios de más de cien mil habitantes. -Ciento setenta y cinco metros, en los que su población esté comprendida entre cincuenta mil y cien mil. Ciento cincuenta metros en los menores de cincuenta mil habitantes. -En este grupo el cupo total de las farmacias establecidas para el servicio público no podrá exceder de una por cada cuatro mil habitantes o fracción superior a mil, salvo lo dispuesto en el artículo quinto".

³³ Un estudio crítico de este Decreto en S. MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.* págs. 133 a 146.

³⁴ Este criterio general sólo tiene dos excepciones: a) Cuando haya exceso de farmacias en relación a la proporción establecida de una por cada cuatro mil habitantes, puede instalarse otra si la población del municipio se ha incrementado, al menos, en cinco mil habitantes; y b) La existencia de núcleos de población de, al menos, dos mil habitantes, en los que se puede autorizar una farmacia, pero manteniendo una distancia mínima de quinientos metros respecto de la más próxima.

³⁵ Este Decreto es desarrollado por la Orden de 21 de noviembre de 1979.

³⁶ J. GONZÁLEZ PÉREZ considera que su fundamento radica en evitar el tráfico de autorizaciones de farmacia. Nueva ordenación de oficinas de farmacia, BOE, 1978, pág. 227.

La innovación más importante de este Decreto respecto del régimen anterior es la posibilidad de que, una vez incoado el procedimiento, se admitan otras solicitudes de autorización que correspondan al mismo municipio, acumulándose todas ellas en un mismo expediente. Se abre así el acceso a las oficinas de farmacia de farmacéuticos a los que se considera con prioridad al solicitante en razón de los criterios fijados por el Decreto (méritos profesionales y otros).

B. En la legislación postconstitucional.

Con posterioridad a la Constitución, habrá que esperar a la década de los años noventa para que vea la luz legislación sobre ordenación farmacéutica que introduzca nuevas modulaciones en las autorizaciones de oficinas de farmacia. Dicha legislación, a excepción de una Ley estatal, emanará de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

La más temprana es la Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña. Su artículo 5º dispone que la autorización de nuevas oficinas de farmacia se sujetará a una planificación sanitaria general conducente a garantizar una atención farmacéutica adecuada y un uso racional de los medicamentos, así como posibilitar un más alto nivel de calidad y equipamiento en la dispensación de medicamentos. Se toma como base para la planificación el área básica de salud, que, a los efectos de la Ley, se clasifican en urbanas (una farmacia por cada 4.000 habitantes), rurales y semiurbanas (una farmacia por cada 2.500 habitantes) y de montaña (una farmacia por cada 1.500 habitantes).

Dispone también que la titularidad de la oficina de farmacia corresponde a uno o más farmacéuticos, que son sus propietarios (art. 3.1.), y que su transmisión mediante traspaso, venta o cesión total o parcial, sólo puede llevarse a cabo cuando el establecimiento ha permanecido abierto al público seis años³⁷.

A la Ley catalana le sigue la Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica del País Vasco. También sujeta la autorización de oficinas de farmacia a una planificación en base a las necesidades de atención farmacéutica de los habitantes de una demarcación territorial determinada, denominada zona farmacéutica e integrada por el conjunto de una o varias zonas de salud (art. 9). En línea con el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad dispone que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público.

Pero donde esta Ley rompe con los criterios tradicionales y resulta abiertamente innovadora es en lo relativo a las transmisiones onerosas de las oficinas de farmacia (salvo las a favor de los hijos, padres, nietos, hermanos o cónyuge del farmacéutico titular). En efecto, dispone el artículo 17 que la transmisión de las oficinas de farmacia estará sujeta a autorización del Departamento de Sanidad, debiendo el transmitente comunicar a la Administración sanitaria el precio y las demás condiciones generales de la transmisión. Seguidamente, la Administración sanitaria instrumentará una oferta pública dirigida a todos los farmacéuticos que cuenten con tres años de ejercicio profesional, determinando mediante concurso de méritos el orden de preferencia para la transmisión entre todos aquellos que acepten las condiciones de la oferta efectuada por el transmitente. Evidentemente, luce en este precepto una auténtica limitación a la autonomía de la voluntad, puesto que se priva a los intervinientes en la transmisión de la facultad de escogerse recíprocamente y de pactar entre ellos las condiciones de aquélla. Corresponde a la Administración la facultad de determinar el adquirente³⁸.

En el año 1996 aparecen otros dos textos legales ciertamente innovadores.

El primero es la Ley 2/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de Extremadura. En línea con las anteriores autonómicas también somete la autorización de apertura de farmacias a la planificación para la que toma como punto de referencia obligado la distribución en zonas de salud. Al igual que las otras dos leyes autonómicas que la preceden, configura la autorización de apertura de oficinas de farmacia como reglada, predeterminada sobre la base de *numerus clausus* y con una funcionalidad operativa.

Sin embargo, en lo referente a la transmisibilidad de tales autorizaciones, resulta totalmente rompedora de los moldes tradicionales, puesto que, en su artículo 14, prohíbe 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. Este precepto se armoniza con la disposición transitoria tercera en cuanto señala que, no obstante lo dispuesto en el artículo 14º de la Ley, se podrá autorizar la enajenación, cesión o traspaso de la titularidad de las oficinas de farmacia abiertas a la fecha de la Ley por una sola vez, para

³⁷ Nótese que al establecer el plazo de seis años se separa de lo dispuesto en el artículo 11.3 del Real Decreto 1667/1989, de 22 de diciembre, lo que, a mi juicio, es perfectamente posible pues como he argumentado anteriormente ese Real Decreto no regula aspectos sustantivos del régimen de las oficinas de farmacia, sino sólo la posibilidad del ejercicio profesional de farmacéuticos procedentes de otros Estados miembros.

³⁸ El preámbulo de la Ley explica esta construcción advirtiendo que la confluencia entre propiedad y titularidad de la oficina de farmacia da lugar a que existan dos grupos distintos de normas aplicables a las mismas: las de derecho público y las de derecho privado, cuya conciliación en determinadas ocasiones no es fácil. Y que la Ley, haciendo honor a su espíritu marcadamente sanitario, regula las oficinas de farmacia en tanto en cuanto prestadoras de un servicio de interés público, pero que con todo, y hasta donde resulta posible, ha procurado compatibilizar la aplicación simultánea de ambos grupos de normas.

lo que será de aplicación la normativa reglamentaria estatal vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley³⁹.

En segundo lugar, se promulga la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha. Esta Ley sigue el mismo criterio que la extremeña de negar la transmisibilidad de las autorizaciones de oficinas de farmacia, aunque, a mi juicio, construye el sistema con mejor técnica legislativa.

De entrada, desdobra la tradicional autorización administrativa de apertura en dos distintas autorizaciones que, lógicamente, se suceden en el tiempo: a) autorización de creación e instalación, y b) autorización de apertura y funcionamiento. A su vez, en el artículo 38 con la rúbrica "Autorización Administrativa" dispone lo siguiente:

"... 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.

- Caducarán por cualquiera de las siguientes causas: renuncia de su titular, jubilación, fallecimiento, inhabilitación profesional, suspensión definitiva de funciones, incapacitación laboral permanente, total o absoluta, declaración judicial de ausencia o incompatibilidad legal de su titular, así como conseguir otra autorización para la apertura de farmacia en otro núcleo de población.

2. No estarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley la cesión, traspaso o venta para otros usos de los locales y demás enseres, los cuales quedarán sometidos al régimen jurídico que les sea de aplicación."

Respecto de las oficinas de farmacia existentes a la entrada en vigor de la Ley, la disposición transitoria segunda establece que su titularidad podrá transmitirse por una sola vez conforme a la legislación previa vigente.

Finalmente, en 1997, ve la luz la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia. Su artículo 3.2 -que no tiene carácter de básico- dispone que la autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el

procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas.

3. Fundamento de la más reciente formulación de la autorización de oficinas de farmacia.

Acabamos de comprobar cómo la institución autorizatoria de oficinas de farmacia, a caballo de la propia evolución de la intervención administrativa, varía profundamente con el tiempo asumiendo rasgos o caracteres que no los tenía en su origen, hasta el punto que actualmente puede ofrecerse como claro exponente de la crisis en que se halla inmerso el concepto dogmático liberal de autorización.

En 1855 se configura como autorización reglada, sin límite de número y sin restricción alguna a su transmisibilidad. En 1941 se predetermina sobre la base de *numerus clausus*. En 1944 se le añade una funcionalidad operativa. En 1957 se le somete a caducidad para un determinado supuesto. En 1978 se introducen diversas e importantes limitaciones al *ius disponendi*. En 1994 se incorporan nuevas restricciones en el caso de transmisiones onerosas, que implican drásticos límites a la autonomía de la voluntad (País Vasco). En 1996 y en dos Comunidades Autónomas se configura como personal, intransferible y sujeta a caducidad. Finalmente, en 1997, por Ley estatal, se dispone que su otorgamiento se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia. Su carácter reglado ha sido la única nota inalterada a lo largo de su devenir⁴⁰.

Constatada esta evolución paso en las siguientes líneas, a fundamentar la opción del legislador autonómico de conformar la autorización de oficina de farmacia como personal, intransferible y sujeta a caducidad, además de mantener su naturaleza reglada y su predeterminación sobre la base de *numerus clausus*.

Desde el punto de vista formal, conviene recordar que nuestra Constitución de 1978 asume el concepto de Ley formal, en cuya virtud la Leyes la forma que adoptan los mandatos en que se contiene la voluntad del pueblo soberano, expresada a través de sus representantes, de donde deviene la irresistibilidad de su fuerza (el preámbulo y el artículo 117.1 de la Constitución hablan del imperio de la Ley). A tenor de esta concepción, le son atributos propios su contundente capacidad innovadora del ordenamiento jurídico y su significativa libertad de configuración de contenidos⁴¹; capacidad innovadora y libertad de

³⁹ El Tribunal Constitucional, por providencia 17 de octubre de 1996, admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra el artículo 14, en conexión con el último párrafo del artículo 6, y contra el párrafo primero de la disposición transitoria tercera y disposición transitoria cuarta de esta Ley, con suspensión de los preceptos impugnados por haberse invocado el artículo 161.2 de la Constitución. Por Auto de 13 de marzo de 1997, el Tribunal Constitucional levanta la suspensión. Por consiguiente, no aprecia graves perjuicios al interés general o perjuicios irreparables o de muy difícil reparación a los sujetos afectados.

⁴⁰ La permanencia de este carácter, que, como sabemos, es el que mejor se acomoda al esquema tradicional del derecho preexistente, posiblemente sea debida a que el Legislador estima que la autorización de oficinas de farmacia remueve obstáculos legales para el ejercicio de un derecho preexistente, cual sería el ejercicio profesional por el farmacéutico en la modalidad de venta al público de productos medicinales, para el que le habilita, sin duda, su título académico.

⁴¹ Aspectos destacados por A. GARRORENA MORALES. Enciclopedia Jurídica Básica, voz "Ley". Cívitas, 1995, pág. 3996.

configuración que operan sobre cualquier actividad humana o institución jurídica con el único y exclusivo límite de los propios mandatos y contenidos constitucionales. Y, en efecto, nada impide al legislador para, dentro de los márgenes que la Constitución impone, alterar sustancialmente los contornos clásicos de una concreta institución jurídica -en nuestro caso la autorización de oficinas de farmacia al objeto de acomodarla a las nuevas necesidades e intereses socio-sanitarios de acuerdo con la libre y responsable apreciación que de éstos hace el legislador. Y esta opción legal resulta irresistible para el conjunto de ciudadanos e instituciones, que deberán acatada, aunque no complazca los intereses patrimoniales de los afectados por tal decisión. Sólo el Tribunal Constitucional puede expulsarla del ordenamiento jurídico declarando su inconstitucionalidad.

Desde el punto de vista material, se fundamenta en la línea argumental que desarrollo seguidamente.

Resulta indubitado el carácter de las oficinas de farmacia de establecimientos sanitarios y de servicios de interés público. Esta consideración justifica y explica su sometimiento a planificación (así lo ha entendido el legislador estatal imponiéndosela a las Comunidades Autónomas en la legislación básica sanitaria). Y el ejercicio de la función planificadora en razón de los intereses sociales y sanitarios dignos de protección, necesariamente conlleva la imposición de controles⁴² y limitaciones, entre otras, la del número de autorizaciones. Así, el vigente sistema de planificación viene a consagrar el régimen de autorizaciones limitadas en número in staurado desde 1941. Y como ya he observado, la doctrina científica ha sido unánime en la apreciación de la necesidad de vincular este tipo de autorizaciones con el problema de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a las mismas; posición recogida, como sabemos, incluso en el derecho positivo (art. 77.2 del RBCL) para determinados ámbitos, al exigir que se otorguen por licitación y, si no fuera posible, porque todos los autorizados hubieran de reunir las mismas condiciones, mediante sorteo. Lógicamente, el método de acceso a las autorizaciones de oficinas de farmacia será el de concurrencia bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El principio de mérito y capacidad profesional se sustenta en la necesidad de disponer de un servicio farmacéutico eficaz y de calidad. No se trata de una actividad sanitaria indiferente para la Comunidad que puede abandonar al libre juego de la oferta y la demanda. Muy al contrario, estamos ante un servicio básico en la medida que afecta a algo muy próximo y querido para ella: la salud. Por ello, sus representantes políticos deben organizarlo asegurando la más alta calidad posible en su prestación. Y tal objetivo inexcusablemente pasa por vehicular el

acceso a las oficinas de farmacia, tanto las nuevas como las abiertas, en función de la mayor capacidad profesional de los aspirantes y no de su mayor capacidad económica.

El principio de igualdad de oportunidades, que ya se predicaba en la época preconstitucional respecto de las autorizaciones limitadas en número, se ha visto reforzado por la Constitución. En efecto, por virtud de la Carta Magna, la igualdad se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico, y corresponde a todos los poderes públicos, por estar sujetos sin excepción al ordenamiento jurídico, el deber constitucional de promover las condiciones para que la igualdad sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (STC 8/1986, de 21 de enero). Igualdad que, además, debe ser real y efectiva, superándose el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnándose un significado del principio de igualdad acorde con el Estado social de Derecho, que proclama el artículo 1º de la Constitución (STC 3/ 1983, de 25 de enero).

Pero ocurre que la mayoría de las Comunidades Autónomas continúan aplicando el régimen preconstitucional permisivo de la transmisión entre privados de las autorizaciones otorgadas, sistema que no se acomoda a ninguno de estos principios. De esta forma tenemos dos modos diferentes de acceso a las autorizaciones: un procedimiento concursal público en el que se valoran el mérito y la capacidad (nuevas autorizaciones) y una relación contractual privada en la que prima la mayor capacidad económica del adquirente (autorizaciones ya otorgadas).

Sin embargo, es evidente que la segunda modalidad no se compadece con los mandatos constitucionales y legales de promover la igualdad afectiva y de garantizar un servicio farmacéutico de la mayor calidad posible. Realmente, nos encontramos ante una desigualdad de trato en el régimen de acceso a las autorizaciones de oficinas de farmacia sin justificación objetiva alguna. Los intereses patrimoniales privados de los farmacéuticos titulares de oficinas no justifican esta desigualdad. Dichos intereses deben ceder ante el interés público que demanda un acceso a las oficinas de farmacia, en todos los casos, en razón de los principios de mérito y capacidad pues son los únicos que garantizan la calidad del servicio.

De ahí que ningún reproche cabe hacer al Legislador postconstitucional si decide que el acceso a este tipo de autorizaciones lo sea, tanto en las ya otorgadas como en las nuevas, por un procedimiento concursal basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Desde estos parámetros, la elección, sin duda, encaja en el marco constitucional.

⁴² Limitación sancionada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio.

V. CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO MODELO DE AUTORIZACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA.

1. Indicaciones previas.

Hacía referencia antes a la plena capacidad y libertad de la Ley para innovar ordenamiento jurídicos y configurar contenidos. Pero observaba también que el potencial innovador de la Ley tiene el límite de los propios contenidos de la Constitución. Resta, pues, hacer el análisis de constitucionalidad del nuevo régimen de autorización de oficinas de farmacia al objeto de comprobar si se acomoda al Bloque de la Constitucionalidad, o si, por el contrario, vulnera derechos o principios en él contenidos que, por tener mayor peso, se sobrepongan a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Para ello estructuro este último epígrafe en dos apartados. En el primero hago un estudio de *lege ferenda*, esto es, haciendo abstracción de la vigente legislación, sitúo críticamente la configuración de la autorización de oficinas de farmacia como personal e intransferible en el marco de la Constitución al objeto de comprobar, como se verá seguidamente, que no vulnera derechos o principios constitucionales (arts. 33, 36, 38, 139.1 y 149.1.1^o), por lo que podrá afirmarse que no existen óbices constitucionales para que el Legislador competente, bien sea el estatal en el nivel de legislación básica, bien el autonómico a falta de legislación básica o en desarrollo de la misma, incorpore tal modelo de autorización al derecho positivo. En el segundo, desciendo a un estudio de *lege data* analizando el acomodo de éste régimen a la legislación vigente y, concretamente, a los artículos 103.4 de la Ley General de Sanidad y 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia.

Por razones de sistemática en el desarrollo de este estudio también advierto ahora que parto del presupuesto de que las Comunidades Autónomas tienen competencia de desarrollo legislativo en materia de oficinas de farmacia, toda vez que tal materia está integrada dentro de la más genérica de sanidad y todas han sumido competencias sobre sanidad. La generalidad de la doctrina ha aceptado este parecer⁴³. Por lo demás, este criterio se infiere con bastante claridad del proceso de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas operado a partir de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre.

⁴³ Acerca de esta cuestión puede consultarse el reciente trabajo de J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, La competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica. *Revista Jurídica de Navarra*, 20, 1995, págs. 69 a 94. Mi única discrepancia con lo dicho por este autor se ciñe al caso de Navarra. Véase al respecto mi trabajo Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la Ley del medicamento. *Revista Jurídica de Navarra*, 11, 1991, págs. 67 a 76.

2.- El marco de la Constitución.

A. El derecho de propiedad.

En relación con este derecho, se han alzado voces que atacan la prohibición de transmisibilidad de las oficinas de farmacia desde dos vertientes: a) una formal dirigida a vedar que sea el legislador autonómico quien positivice este modelo, al que se le reprocharía un vicio formal de incompetencia en el entendimiento de que esta regulación incide de lleno en derechos civiles y relaciones jurídico-privadas, materias todas ellas que exceden de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas y que corresponde regular en exclusiva al Estado a través de la legislación civil (art. 149.1.18^o); y b) otra sustantiva basada en que la prohibición de transmisibilidad de la oficina de farmacia constituye una intromisión arbitraria y no justificada en la esfera dominical, quebrando, en consecuencia, el derecho protegido por el artículo 33 del texto constitucional e implicando una verdadera ablación sin expropiación o indemnización.

En mi criterio, y respetando, desde luego, las opiniones contrarias, no existen los problemas constitucionales que acabo de anunciar.

En cuanto a los aspectos formales puede argumentarse de adverso que en el supuesto de una norma legal promulgada por Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias legislativas sobre sanidad, es cierto que nos hallaríamos ante una norma de Derecho administrativo, pero al respecto, el Tribunal Constitucional, de un lado, ha dicho que la delimitación del 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 privada (STC 37/1987, de 26 de marzo), y, de otro, ha sostenido la posibilidad de que la legislación autonómica pueda incidir en el derecho de propiedad al amparo de un título competencial relativo a un determinado sector de la actividad administrativa (STC 156/1995, de 26 de octubre).

En el aspecto sustantivo, el reproche de la supuesta inconstitucionalidad se apoya, en definitiva, en la prevalencia del interés dominical del transmitente sobre los intereses públicos que determinarían la configuración del servicio de dispensación farmacéutica. Pero es lo cierto que esa prevalencia ha sido negada repetidamente por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo en la doctrina que ambos han sentado en tomo al derecho de propiedad en general⁴⁴. Su lectura disipa cualquier duda respecto del predominio del interés general sobre el particular, o sobre el carácter normal de las delimitaciones restrictivas del derecho de propiedad y el muy modesto

⁴⁴ Al respecto, entre otras, pueden consultarse la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1973 (Ar. 1866).

papel que juega la autonomía privada. Al hilo de la misma se ha podido proclamar⁴⁵ el carácter instrumental del derecho a la propiedad de la oficina de farmacia, por condicionado y subordinado al destino del establecimiento, que no es otro que la satisfacción de un interés tan vital como la salud, así como que la propiedad de la farmacia y título facultativo para desarrollar la actividad, completan una unidad funcional indivisible como concepto de Derecho administrativo.

En este orden de cosas, conviene traer a colación el Auto del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 1997, por el que se levanta la suspensión de determinados artículos de la ley extremeña, en el que, en relación a la prohibición de transmisión de las autorizaciones de farmacia, ha dicho que *frente a las restricciones que el art. 14 LAFE, sin duda, supone para el titular de la farmacia, son otros muchos los bienes e intereses dignos de protección que el legislador autonómico ha ponderado...*

Entonces, el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 33 de la Constitución o, más concretamente, los intereses dominicales de los farmacéuticos que aspiran a ser titulares de nuevas oficinas de farmacia abiertas al público, no son impedimento para que el Legislador, actuando todo su potencial innovador de ordenamientos jurídicos y configurador de contenidos, decida sustituir un régimen de Derecho administrativo permisivo de la patrimonialización de la autorización de oficinas de farmacia por otro que lo impida. Porque no todo bien jurídico patrimonializable y en razón de esta circunstancia, debe incardinarse, por exigencia constitucional, en el ámbito de la propiedad privada. No se viola el aspecto objetivo de la propiedad cuando por razones de interés general un determinado bien material o de creación jurídico-pública se excluye de su apropiación privada.

Y es preciso negar que tal exclusión conlleve ineludiblemente una ablación de derechos necesitada de expropiación o indemnización. No existiría ablación en la medida que a los farmacéuticos ya instalados se les permita la enajenación, cesión o traspaso de la titularidad de la oficina abierta, por una sólo vez. De esta forma no se les privaría del *ius disponendi* que ostentaban a la entrada en vigor de la legislación excluyente. La prohibición de transmitir lo sería respecto de las nuevas autorizaciones o concesiones, por lo que al que nada tiene nada se le quita. En suma, no habría una privación singular de facultades dominicales, sino una configuración *ex nava* para el futuro y con efectos generales. A este respecto, es esclarecedora la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre. Dice así:

"... Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar

singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex nava* modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos postconstitucionales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues por imperativo constitucional, la Ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 de la CE)".

Cuestión distinta pero que no afecta a estas conclusiones, sería la oportunidad de plantear desde la óptica académica y dogmática, si el régimen de que venimos hablando, es realmente un sistema que se acerca más a la concesión que a la autorización, y si, de ser así, debiera incardinarse dentro de la institución concesional. Como quiera que éste no es momento oportuno para abordarlo, me limito a dejarlo apuntado.

B. Ejercicio de profesiones tituladas.

Se ha dicho también que el modelo de farmacia es un aspecto básico de la ordenación de la profesión titulada de los farmacéuticos, y en la medida en que está reservada a Ley del Estado la regulación de las profesiones tituladas, cualquier legislación autonómica que regule aspectos de la profesión farmacéutica devendría inconstitucional por incompetencia.

Para refutar esta afirmación baste con traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en el Auto 158/1992, de 28 de mayo, que seguidamente reproduzco y comento:

"... 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 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 ofici-

⁴⁵ M. CERDÁ OLMEDO, Derecho civil y farmacia, 1993.

nas de farmacia. Pero el que, de acuerdo con la legislación vigente en España, los farmacéuticos que 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.

La lectura de este Auto evidencia cómo no puede ni debe confundirse el ejercicio de la profesión farmacéutica con el establecimiento de oficinas de farmacia, pues son cosas bien distintas. En efecto, las hipotéticas leyes autonómicas de ordenación farmacéutica estarían regulando una actividad: las oficinas de farmacia, actividad incardinada en el artículo 43 de la Constitución y, por ende, sería un desarrollo de la Ley General de Sanidad. Por contra, la regulación de la profesión farmacéutica tiene su asiento en el artículo 36 de la Constitución y, en concreto, en la Ley de Colegios Profesionales⁴⁶.

Pero aun cuando, a efectos dialécticos, se admitiera que la regulación de las oficinas de farmacia de algún modo incide en el artículo 36 de la Constitución, tampoco puede olvidarse que tal artículo contiene una reserva de Ley ordinaria para regular los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Y para estos casos, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1993, de 9 de julio, ha dicho que la llamada a la Ley lo es a la Ley formal, de suerte que tanto las Cortes Generales como las Asambleas legislativas autonómicas pueden efectuar la ordenación de la materia, atendiendo a sus respectivas esferas competenciales. Y es lo cierto que existen Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de Colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas, conforme a la legislación general.

C. Libertad de empresa.

Amparándose en la dimensión de comercio o empresa de las oficinas de farmacia, se pretende imputar a un régimen prohibitivo de la transmisión de las autorizaciones, la negación de la libertad de empresa reconocida en la Constitución, con la consiguiente vulneración de su artículo 38.

Tal razonamiento tampoco puede compartirse por las razones que expreso seguidamente.

Desde la óptica de las propias oficinas de farmacia, preciso es recordar la insistencia del Tribunal Supremo en manifes-

⁴⁶ Estas mismas consideraciones dieron pie a que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de abril de 1990 (Ar. 3638), advirtiese la necesidad de distinguir entre la regulación de la profesión farmacéutica y la regulación de las oficinas de farmacia.

tar que aquéllas antes y por encima de su consideración de empresa, son centros sanitarios (S. de 30 de junio de 1995, Ar. 5248), sometidos por ello a normas específicas que sobrepasan los aspectos derivados de ser una actividad económica (S. de 2 de noviembre de 1993. Ar. 8772), por lo que las regulaciones limitativas en uso de la potestad que confiere el artículo 43.2 de la CE no atentan a la libertad de empresa (S. de 22 de diciembre de 1994. AL 10143).

Desde la vertiente del derecho a la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional ha situado en sus justos términos el alcance de este derecho. En efecto, ha dicho que la libertad de empresa consiste en iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio), pero que la inexistencia en el Derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional, así como la proclamación de nuestro Estado como social (art. 1 de la CE), hacen lícitamente posible para el Legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983, de 2 de diciembre).

No cabe duda, por tanto, que la libertad de empresa puede someterse justificadamente a limitaciones derivadas de la función social que le compete cumplir, así como de los concretos intereses de los servicios públicos de que se trate⁴⁷.

Admitido lo anterior, también es preciso advertir que el derecho que nos ocupa tiene un contenido esencial indisponible para el legislador, aunque difícil de determinar dada la *ambigüedad e imprecisión del artículo 38 del Texto Constitucional* (STS de 23 de abril de 1986. Ar. 1764). No obstante, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 225/1993, de 8 de julio, ha hecho una aproximación a ese contenido en los siguientes términos:

"... De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial <en libertad>, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad, pero también, de

⁴⁷ En la Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, también ha dicho el Tribunal Constitucional que la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado y, entre otras, por el sometimiento a una autorización administrativa que tutela distintos bienes constitucionales y los derechos de otros.

otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general".

En suma, el Tribunal Constitucional habla de libertad de acceso y libertad de ejercicio en el mercado. Pues bien, en este contexto y ante la constatación de actividades económicas cuyo ejercicio está fuertemente limitado y sometido a diversas autorizaciones administrativas, se ha podido afirmar⁴⁸ que el derecho a la libertad de empresa presupone fundamentalmente libertad de acceso al mercado, libertad de ejercicio o permanencia en el mercado y libertad de cesación o salida del mercado. Y que, en cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también este reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo irreductible de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública.

Si esto, como parece, es así, será menester concluir que el nuevo régimen no genera vulneración alguna del derecho de libertad de empresa pues se respetarían esos contenidos esenciales mínimos. En efecto, el acceso a la oficina de farmacia está regulado pero no prohibido: la libertad de acceso se mueve en el marco de la planificación y de los méritos profesionales. La autonomía en la dirección de la oficina de farmacia en cuanto actividad económica es plena, sin condicionante alguno. Finalmente, también lo es la libertad para abandonar el negocio.

D. Las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y obligaciones.

Finalmente, se ha invocado también una supuesta quiebra del artículo 139.1, que proclama el principio de que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado, en relación con el artículo 149.1.1º, precepto que atribuye al Estado 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, y en conexión con los artículos 33, 36 Y 38 de la Constitución. Al respecto, se opina que posiblemente no existe condición básica que más directamente atañe a la igualdad en el ejercicio de la profesión farmacéutica que la que imponen las normas sobre apertura e instalaciones de farmacia, por lo que, el Estado no puede dejar a las Comunidades Autónomas ordenar esta actividad como cada una quiera. Y que, en cualquier caso, resulta inaceptable un modelo de

farmacia que nada tenga que ver con el vigente en otros territorios del Estado⁴⁹.

Nuevamente, es preciso traer a colación doctrina del Tribunal Constitucional que desdice esa supuesta infracción del artículo 139.1 en relación con el 149.1.1º.

En lo que hace al derecho de propiedad, en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, admitió que puede haber distintas funciones sociales de este derecho en diferentes áreas del territorio nacional. Y en su Sentencia 156/1995, de 26 de octubre, acoge la posibilidad de regulaciones no uniformes de la propiedad privada con las siguientes palabras:

"... En relación precisamente con el derecho a la propiedad que reconoce el art. 33 CE, hemos señalado que el título del art. 149.1.1 CE no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada y su función social, ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad (STC 37/1997, fundamento jurídico 9º). Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho. El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado territorialmente descentralizado), sino la que queda garantizada con el establecimiento de unas condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado".

Respecto a la libertad de empresa, a su vez, ha dicho:

"...Es también cierto que la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos (art. 149.1.1. de la Constitución) y, en concreto, de las libertades de empresa y de establecimiento no puede ser entendida como una "rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento (STC 37/1981, fundamento jurídico 2º). El art. 149.1.1 de la Constitución no puede erigirse en un obstáculo infranqueable a la existencia de las potestades normativas de las Comunidades Autónomas... En suma, el precepto constitucional precitado no exige siempre un trata-

⁴⁸ M. ARAGÓN REYES, Enciclopedia Jurídica Básica, Voz "Libertad de empresas", Cívitas, 1995, pág. 4.032.

⁴⁹ J. GONZÁLEZ PÉREZ, ha escrito que las condiciones básicas garantizadas de la igualdad que proclama el artículo 149.1.1º de la Constitución se han volatilizado. Es absolutamente necesario que el Estado aborde 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 reforma de la ordenación farmacéutica", en la obra colectiva Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996. Cívitas, 1996, pág. 333.

miento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos, exigencia que haría imposible la existencia de un Estado descentralizado, aunque sí pueda ocurrir excepcionalmente, cuando exista una justificación bastante para ello. (STC 227/1993, de 9 de julio).

Y modulando el alcance del propio art. 149.1.1, apostilla que:

"... uniformidad, en otras palabras, no es identidad, y tanto menos ha de serlo cuando la primera se afirma en este art. 149.1.1° de la CE, como elemento de integración, no de supresión de la diversidad que nace de la autonomía" (STC 75/1990, de 26 de abril).

No existe, pues, paridad entre el principio de igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles y la uniformidad del ordenamiento jurídico. Uniformidad no equivale a identidad. En su reciente Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, insiste el máximo intérprete de la Constitución en que el artículo 149.1.1 no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica.

De *otro* lado, respecto a la imputación de que el nuevo régimen de oficinas de farmacia afecta a las condiciones básicas del ejercicio de la profesión, baste recordar el Auto del Tribunal Constitucional 158/1992, de 28 de mayo, en el que manifiesta que la adquisición de una farmacia para dispensar medicamentos al público no puede confundirse con el ejercicio de la profesión titulada de farmacéutico. Una cosa es la regulación de la profesión farmacéutica y otra muy distinta la regulación de las oficinas de farmacia.

Lo anterior permite concluir que el establecimiento de un régimen sobre transmisibilidad de oficinas de farmacia diferente al existente en *otros* territorios del Estado, no implica necesariamente vulneración del artículo 139.1 en relación con el artículo 149.1.1°, ambos de la Constitución. La divergencia autonómica es posible. Además, como dice el Tribunal Constitucional en su Auto de 13 de marzo de 1997, levantando la suspensión de determinados preceptos de la Ley extremeña, el canon del derecho de igualdad no sirve para comparar las magnitudes representadas por la Ley estatal y la Ley autonómica.

Otro asunto es que convenga atender a las voces que postulan que no es buena ni deseable la convivencia de diferentes regímenes de oficinas de farmacia en el territorio del Estado español porque, aparte de posibles disfunciones sanitarias, aboca a un desigual trato de los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia según la Comunidad en que se ubiquen. y si el principio de igualdad sirve para defender el nuevo modelo, también podría servir, a pesar de que el Estado autonómico es un Estado territorialmente descentralizado políticamente y que por ello puede ser diverso y desigual, para defender una igualdad de trato a nivel nacional en lo referente a la transmisibilidad o no de la autorización. Pero evitar supuestas diferencias

desproporcionadas entre Comunidades Autónomas pasa porque el Estado, en uso de su título competencial para regular las condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, siente un común denominador legislativo sobre el tema que nos ocupa. ¿Es ésta una desigualdad que incide en las condiciones básicas?⁵⁰

3. El marco del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad y del 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia.

Acometo en este último apartado el estudio de *lege data*. Para ello nos situamos en el plano de la legislación vigente.

De un lado, tenemos el artículo 103.4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, a cuyo tenor:

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

Este precepto, conforme al artículo 2.1 de la citada Ley, tiene la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16° de la Constitución.

Y también tenemos el artículo 4 de la ley 16/1997, de 25 de abril, del siguiente tenor literal:

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

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."

Este artículo, conforme a la disposición final primera de esta Ley, también tiene la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución.

De otro lado, tenemos la Ley 2/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica de Extremadura y la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, que introducen drásticos cambios en el régimen jurídico de las autorizaciones de oficinas farmacéuti-

⁵⁰ Y o entiendo que no. Es de hacer notar que el legislador estatal, en la Ley 16/1997, de 25 de abril, no ha hecho uso del título competencial del artículo 149.1.1 de la Constitución para la regulación que de la transmisión de oficinas de farmacia hace en el artículo 4° de la Ley.

cas, configurándolas en personales e intransferibles. Las dos han sido dictadas con fundamento en el título competencial relativo a ordenación farmacéutica, que, como sabemos, se subsume en el de sanidad. Se trata, en consecuencia, de un desarrollo de la legislación básica sobre sanidad. Deberán por tanto, respetar el contenido de tal legislación básica.

A. El marco del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad.

En la oficina de farmacia son distinguibles los aspectos relativos a la propiedad de la misma y los concernientes a su titularidad, pero por imperativo del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad, ambos aspectos confluyen necesariamente sobre la misma persona, que debe tener la condición de farmacéutico. No es posible escindirlos desde el punto de vista subjetivo. El farmacéutico titular es propietario de la oficina de farmacia y ésta comprende o integra los elementos materiales necesarios para el desarrollo de la actividad y la autorización administrativa que la permite. Por consiguiente, el farmacéutico titular necesariamente es propietario de la autorización de la oficina de farmacia, además de todos o parte de los elementos materiales puesto que el local puede tenerlo arrendado. Derecho dominical que armoniza con el carácter privado de las oficinas de farmacia abiertas al público confirmado por el artículo 103.2 de la Ley General de Sanidad, al considerarlas establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el Título IV de la Ley, Título que regula las actividades sanitarias privadas, y reforzado, a su vez, por el artículo 1º de la Ley 16/1997, de 25 de abril. En suma, a tenor de la dicción del artículo 103.4 no parece que sea posible escindir los elementos materiales (local, medicamentos, etc.) del título administrativo que posibilita la actividad, al objeto de predicar la propiedad únicamente respecto de los elementos materiales. El dominio del farmacéutico titular recae sobre éstos y sobre la autorización administrativa. De facto, en los once años de vigencia de este artículo, ambos elementos siempre han sido susceptibles⁵¹ de transmisión por el farmacéutico titular a otro farmacéutico⁵¹. De ahí que aunque pudiera calificarse la autorización de personal, que en cierta medida lo es, aunque tampoco es totalmente asimilable a las estrictamente personales (licencias de caza, permisos de conducir, etc.), este precepto no impide su patrimonialización y libre transmisión, al menos, a otros farmacéuticos. Esta es, salvo mejor criterio, la teleología del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad.

⁵¹ No, sin embargo, por el cónyuge viudo no farmacéutico del farmacéutico titular. Al respecto, entiende el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 de noviembre de 1991, AL 9194, entre otras muchas) que son aumibles mortis causa los bienes materiales pero no la autorización, que -dice literalmente- por ser personalísima, se extinguió con el fallecimiento de quien la ostentaba. Afirma el Tribunal Supremo que la titularidad no se puede heredar por la viuda porque nace en atención a circunstancias específicas de una persona, que desaparecen con el óbito de ésta. En suma, a estos efectos, las encuadra en la categoría de las autorizaciones personales.

Pero ocurre que las dos leyes autonómicas referenciadas escinden la autorización administrativa y los elementos materiales, de suerte que mientras éstos sí forman parte del patrimonio privado del farmacéutico, por lo que puede transmitirlos onerosa o gratuitamente conforme al régimen jurídico que sea de aplicación, aquélla no se patrimonializa, por lo que no es susceptible de transmisión. La diferencia con respecto al artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad es sustancial.

La cuestión a dilucidar, por tanto, es si este régimen autonómico respeta también el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad o si, por el contrario, lo vulnera abiertamente.

La articulación de la normación básica y de desarrollo autonómico se organiza, como es bien sabido, sobre la atribución a dos centros de poder político (Estado y Comunidad Autónoma) de la regulación global de una determinada materia. Siguiendo al Tribunal Constitucional, es de hacer notar que corresponde a la legislación básica establecer el marco de una política global sobre la materia de que se trata, pero sin que ello implique un uniformismo estricto, puesto que dentro de ese marco global son constitucionalmente posibles una diversidad de regulaciones (STC 64/1982, de 4 de noviembre), esto es, una acción de gobierno de cada Comunidad Autónoma en función de una política propia (STC 35/1982, de 14 de junio). Lo que corresponde a la legislación básica es establecer un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan (STC 71/1982, de 30 de noviembre, entre otras). En suma, *tras lo básico puede y debe jugar el particularismo y las políticas propias de cada Comunidad*⁵². De ahí que la ordenación básica no puede apurar, en su integridad, el régimen jurídico del sector de que se trate. Por lo demás, la articulación de estos dos ámbitos normativos no es una cuestión de jerarquía normativa, sino de esferas competenciales distintas.

Aplicando estas premisas a nuestro asunto, resulta que tenemos una norma básica que sanciona la patrimonialización por el farmacéutico titular de la autorización administrativa de oficinas de farmacia, pero absteniéndose de delimitar los contornos y el alcance de esa propiedad; labor que corresponderá a las Comunidades Autónomas en ese juego de legislación básica-legislación de desarrollo. Y la delimitación autonómica lo será en defensa de su propio interés general y en razón de sus propias políticas, hasta el punto de que serán posibles constitucionalmente distintas modulaciones o limitaciones en el concreto estatuto de la propiedad de que se trate al objeto de coordinar el interés privado con el general. En definitiva, el Legis-

⁵² E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TR. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, I, Cívitas, 1993, pág. 289

lador de este concreto tipo de propiedad delimitará su contenido de acuerdo con su función social.

La posición del Tribunal Constitucional sobre la pluralidad de estatutos del derecho dominical y de sus delimitaciones en razón de su función social, es inequívoca. En su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, dijo que:

"... la referencia a la "función social" como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o el interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir. Por ello, la fijación de "contenido esencial" de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que en 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 tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito"

Pues bien, como lógico corolario de las anteriores reflexiones, el Tribunal Constitucional termina aludiendo a la inevitable diversificación de la figura jurídica de la propiedad, con las siguientes palabras:

"La propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil... Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales... ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae"

Por su parte, el Tribunal Supremo ha evidenciado la especificidad de la oficina de farmacia, en su vertiente dominical, en razón del fin que se persigue y de la prevalencia del interés general. En su Sentencia de 24 de abril de 1973 (Ar. 1866) dijo:

"Que Oficina de Farmacia es una empresa cualificada por la tutela administrativa de su función social, y la propiedad de dicha oficina constituye concepto civil integrado como elemento en la estructura de orden administrativo donde radica su consistencia, de tal manera que propiedad de la empresa farmacéutica y título facultativo para desarrollar su actividad completan unidad funcional indivisible como concepto de Derecho Administrativo".

Buena prueba de las posibilidades que tiene la Ley autonómica de introducir limitaciones en el estatuto del derecho de propiedad que nos ocupa de acuerdo con su función social, la tenemos en la Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica del País Vasco, en la que se priva a los intervinientes en la transmisión de la oficina de farmacia de la facultad de escogerse recíprocamente y de pactar entre ellos las condiciones de aquélla. Ciertamente, nos encontramos ante una evidente limitación del *ius disponendi* del propietario. Sin embargo, no se ha considerado una limitación excesiva ni que desfigure el negocio jurídico de compraventa, cuyos elementos esenciales conservan plena virtualidad⁵³. En cualquier caso, no elimina el *ius disponendi*; no hay un vaciamiento del derecho de propiedad. Por consiguiente, es evidente que esta Ley no perturba el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad, sino que lo desarrolla.

Pero también es indiscutible que la Ley no puede introducir cualquier alteración o limitación en el derecho de propiedad, ya que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial según exige el artículo 53 de la Constitución, contenido esencial que el Tribunal Constitucional concretó en la siguiente forma en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo:

⁵³ Así lo ha manifestado la institución del Defensor del Pueblo en su Resolución de 13 de octubre de 1994 adoptada con motivo de las solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley vasca.

"...Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable..."

Según L. DÍEZ-PICAZO⁵⁴, el Tribunal Constitucional, para alcanzar esta concepción del "contenido esencial" maneja un punto de vista dogmático ya que acude a la idea de reconocibilidad del derecho como perteneciente a un determinado tipo en el momento histórico de que se trate. Y para este autor, 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* y *ius disponendi*. No es posible afirmar una configuración legislativa del instituto de la propiedad en que este esencial contenido quede amputado. No es posible configurar una propiedad con la privación del *ius disponendi*. No se puede convertir la propiedad en una concesión administrativa. Su constitucionalidad pasaría, en todo caso, por la expropiación.

Si esto es así, habrá de convenirse que las Leyes extremeña y castellano-manchega no desarrollan el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad, sino que más bien lo alteran en cuanto desdibujan sustancialmente el régimen de propiedad instituido por dicho artículo al privar al farmacéutico de un elemento: el *ius disponendi* sobre el título administrativo. Si entendemos que este elemento forma parte de ese contenido esencial infranqueable para el legislador, la consecuencia sería su inconstitucionalidad por vulnerar el Bloque de la Constitucionalidad. Y, ciertamente, es un elemento decisivo, pues sin él el valor económico de los elementos materiales queda sustancialmente envilecido.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en 1994 incorpora matices nuevos a la construcción de 1987. En efecto, en su Sentencia 89/1994, de 17 de marzo, dice:

"Este Tribunal ha declarado (STC 37/1987) que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se

configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a los valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad social o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, 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 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 tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así arts. 40.1, 45.2, 128.1 Y 130.1, entre otros). Por ello, corresponde a legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación a cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho.

Incumbe así al Legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales".

Esta Sentencia, abordando también el contenido esencial desde la perspectiva no unitaria, deja claro que el derecho de propiedad es creado por la Constitución y es ordenado por la Ley, de suerte que la propiedad será lo que el legislador diga que sea. Como expresivamente dice el Magistrado RODRÍGUEZ BEREJO en el voto particular emitido a esta Sentencia:

"En la Sentencia de la que di sientos viene a dejarse en manos del Legislador ordinario, en aras de la función social de la propiedad, la definición del contenido esencial de las propiedades o distintos tipos de categorías de propiedad, al establecer para cada una de ellas su propio y específico régimen jurídico, reconociéndole, además, una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial del derecho de propiedad, según el tipo o categoría, será lo que el propio Legislador diga en cada momento y según el criterio dominante en cada momento histórico.

Así, huérfano de todo referente <e Constitución>, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de <contenido esencial> (art. 53.1 CE) se desvanece y volatiliza.

No creo, pues, por todo lo dicho, que pueda compartirse la afirmación que sostiene el Abogado del Estado en sus alegaciones, y que parece inspirar también el enfoque dogmático de la sentencia, de que

⁵⁴ "El derecho de propiedad privada en la Constitución" en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. Garda de Enterriza, Tomo II, Cívitas, 1991, págs. 1263 a 1265.

la consideración de la función social como conformadora del contenido mismo del derecho nos exige de una indagación exhaustiva de la proporcionalidad o razonabilidad de la norma o de la prueba de sus presupuestos fácticos; bastará que la finalidad de la norma examinada se inserte con naturalidad en la función social para determinar la constitucionalidad de la misma".

En línea con esta idea de que el contenido esencial debe dejarse en manos del legislador ordinario, puede considerarse constitucional la eliminación parcial⁵⁵ del *ius disponendi* de las oficinas de farmacia instituido por las Leyes extremeña y castellano-manchega, porque, a fin de cuentas, estaríamos hablando de un "contenido esencial" de las diferentes propiedades, para cuya configuración legislativa no habría más límites a la acción del legislador que su admisibilidad de acuerdo con el criterio dominante en el momento histórico que se produzca. Estas Leyes 10 único que hacen es suprimir uno de los varios elementos que componen el tipo liberal de propiedad para configurar una determinada categoría atendiendo a su función social: la de oficinas de farmacia. Recordemos que el artículo 103.4 habla de propiedad pero no delimita su contenido.

Pero tanto en la Sentencia de 1987 como en la de 1994, el Tribunal Constitucional obliga al legislador a delimitar el contenido del derecho sopesando equilibradamente la utilidad privada de su titular y la utilidad social que corresponda al objeto o bien sobre el que recae el dominio. ¿Logran las Leyes extremeña y castellano-manchega ese equilibrio entre utilidad individual y utilidad social? Creo que sí.

Ciertamente, de esta formulación surge un conflicto entre el interés dominical del titular de la oficina de farmacia que mantiene la utilidad económica del derecho (*ius fruendi*) pero se le priva de la posibilidad de transmitir la autorización administrativa (*ius disponendi*), y la necesidad de garantizar la efectividad de los principios de igualdad, concurrencia, mérito y capacidad en el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia, que impone el interés público. Pues bien, esta colisión de derechos e intereses debe resolverse siempre en favor del interés público -recordemos que el Auto de 23 de marzo de 1997 del Tribunal Constitucional advierte que frente a la restricción que, sin duda, supone la prohibición de transmisión de la autorización para el titular farmacéutico, son otros muchos los bienes e intereses dignos de protección que el legislador autonómico ha de ponderar-. Desde esta perspectiva, es una solución válida. Dura, sin duda, atendiendo a los intereses dominicales de los titulares de la oficina de farmacia, pero no por ello arbitraria o desproporcionada.

En efecto, a mi juicio, existe una adecuada proporción entre la limitación a la propiedad y los fines perseguidos. Resulta proporcionada porque actualmente el elemento económico es el

factor exclusivo determinante de la sucesión en la titularidad de las oficinas de farmacia abiertas al público y es obvio que la capacidad económica no acarrea *per se* una mayor capacidad profesional. Para salvar estos escollos y alcanzar la deseada igualdad de oportunidades en el acceso, así como la promoción de la mayor calidad de la atención farmacéutica mediante la determinación del orden de preferencia en la transmisión únicamente sobre la base de los méritos profesionales, el Legislador autonómico bien puede optar por impedir la transmisibilidad de la autorización. Y esta prohibición repugna aún menos⁵⁶ si entendemos, como incluso lo ha hecho el Tribunal Supremo⁵⁷, que las autorizaciones de oficinas de farmacia son personales, pues ya sabemos que toda la doctrina científica es coincidente en considerar que esta clase de autorizaciones no son susceptibles de libre transmisión pues la entrada en juego de un nuevo titular equivale a un otorgamiento *ex nava* de la autorización primitiva..

La solución aportada por el País Vasco supone un gran paso adelante en esta dirección, pero, ciertamente, el elemento económico sigue jugando un papel determinante. De ahí que los legisladores extremeño y castellano-manchego hayan dado un paso más optando por impedir la transmisión y por legislar el acceso a oficinas de farmacia, tanto las nuevas como las ya abiertas al público⁵⁷, mediante concurso abierto en el que se valoran exclusivamente méritos profesionales. Queda así definitivamente excluido cualquier componente económico que pudiera reputarse de discriminatorio⁵⁸ respecto de una autorización que se otorga conforme al derecho público.

Por lo demás, el test de proporcionalidad entre el sacrificio y el fin perseguido se supera definitivamente, si al sacrificio que supone la no transmisibilidad de la autorización se acompaña el reconocimiento de un derecho a pensión suficiente de jubilación, viudedad y orfandad, en el régimen de protección social que corresponda.

B. El marco del artículo 4.1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril.

Recordemos que su tenor literal es el siguiente: "la transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos".

La hipotética transmisión de los elementos materiales y de la autorización administrativa de oficinas de farmacia entre farmacéuticos en nada incide o altera la organización de los servicios farmacéuticos existentes en un determinado núcleo de

⁵⁶ Sentencia ya citada de 30 de noviembre de 1991.

⁵⁷ Salvo, lógicamente, la primera transmisión de las ya abiertas.

⁵⁸ El listado de supuestos discriminatorios del artículo 14 de la Constitución no es cerrado, por lo que cabe la discriminación por razones de capacidad económica.

⁵⁵ Lo es respecto de la autorización, no respecto de los elementos materiales.

población, pues el número de farmacias y su distribución seguirá siendo el mismo. Sólo la mayor o menor profesionalidad del farmacéutico adquirente podrá incidir en la mayor o menor calidad del servicio farmacéutico. De ahí que la transmisión de oficinas de farmacia, contemplada en sí misma, es difícilmente incardinable en las bases y coordinación general de la sanidad, Y si, como ya hemos comprobado, el estatuto de la propiedad de las oficinas de farmacia no forma parte del ámbito material de lo básico en sanidad, su regulación corresponderá a las Comunidades Autónomas en uso de sus competencias legislativas sobre ordenación farmacéutica. Y lo harán conforme a sus propios modelos de organización y gestión sanitaria en razón de una concreta opción política, hasta el punto de que podrán coexistir diversos modelos de ordenación farmacéutica y, por ende, distintas opciones en orden al tema de la transmisibilidad de las oficinas de farmacia.

Sentado lo anterior, el alcance que exclusivamente es posible reconocer a la dicción del artículo 4.1 es que ratifica el tradicional criterio legislativo de que la transmisión, caso de darse, sólo puede hacerse en favor de otro u otros farmacéuticos, nunca en favor de una sociedad anónima o de una persona física no farmacéutica. Puede decirse que se sitúa en el mismo plano que el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad. Ambos artículos se complementan en cuanto uno determina que sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios y titulares de oficinas de farmacia y el otro, consecuentemente, establece que su transmisión, caso de darse, sólo puede hacerse entre farmacéuticos. Son aceptables estas determinaciones con el carácter de básicas en el entendido de que con ellas se incide directamente en el ámbito de lo sanitario al hacer descansar los servicios farmacéuticos sólo en manos de los profesionales del sector, asegurando así la calidad del servicio. Pero ahí termina su alcance y contenido. En efecto, estos preceptos, de un lado, exigen que las autorizaciones de oficinas de farmacia sólo sean otorgables a farmacéuticos y, de otro, regulan un requisito atinente a la cesión, traspaso o enajenación de farmacias, pero no sancionan ni validan en todo el territorio del Estado el derecho de los titulares a la transmisibilidad de las autorizaciones administrativas de oficinas de farmacia porque, de hacerlo, estarían invadiendo el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas sobre ordenación farmacéutica. Ésta es la única interpretación constitucional que cabe hacer del artículo 4º de la Ley 16/1997, de 25 de abril, desde la óptica de las bases de sanidad, que es en las que se apoya⁵⁹.

⁵⁹ Sin embargo, no parece entenderlo así el Grupo Parlamentario Popular, pues el señor Burgos Gallego, en la fase de fijación de posiciones sobre las enmiendas del Senado al proyecto de Ley, como portavoz de dicho Grupo dijo lo siguiente: En relación al artículo 4º, creemos que el Senado también ha hecho una aportación interesante con la regulación de la transmisión de las oficinas de farmacia. Seguro que su grupo parlamentario es consciente de la relevancia que tiene esta cuestión de la transmisión de las oficinas de farmacia; lo digo porque ustedes, en alguna Comunidades Autónomas, han puesto en

Si la *mens legis* del artículo 4º fuera la de generalizar en todo el Estado el derecho de los titulares farmacéuticos a la transmisión de su oficina de farmacia con todos los elementos que la integran (bienes materiales y autorización administrativa), evitando así supuestas diferencias desproporcionadas entre Comunidades Autónomas en la regulación del estatuto de la propiedad de oficinas de farmacia, su cobertura debería descansar en el título competencial que atribuye al Estado el artículo 149.1.1 de la Constitución, esto es, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos (en este caso el de la propiedad). Pero la Ley, acertadamente a mi juicio por lo dicho en el epígrafe Y.2. D de esta ponencia, elude el título competencial del artículo 149.1.1 Y hace descansar el carácter básico del artículo 4º sólo en el del artículo 149.1.16. Resulta evidente, pues, que no es su intención sentar un común denominador legislativo sobre el estatuto de la propiedad de las oficinas de farmacia al objeto de garantizar la igualdad de todos los titulares de farmacias en sus derechos dominicales sobre estos establecimientos.

Por todo lo dicho, serán las Comunidades Autónomas las que libremente decidirán sobre la transmisibilidad o no de las autorizaciones administrativas de oficinas de farmacia, dissociándolas, si es preciso, de los elementos materiales, que sí serán transmisibles. Y sólo aquellas Comunidades Autónomas que opten por la transmisibilidad de la autorización, la regularán conforme al marco fijado por el artículo 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril.

cuestión lo que es básico y esencial, un componente fundamental del modelo de oficina de farmacia vigente en este país hasta el momento. Precisamente en la línea de mantener esa transmisión de las oficinas de farmacia como un aspecto básico para todo el Estado y, además, estableciendo las garantías de que sólo habrá una excepción a esa transmisibilidad, y es la derivada de la incompetencia o de la falta de calidad en el servicio farmacéutico, mi grupo parlamentario ha tenido un norte muy claro a la hora de tramitar este proyecto de Ley, que ha sido exigir el máximo de calidad en el servicio, _l máximo de responsabilidad a los profesionales farmacéuticos y el máximo nivel de garantías en la prestación farmacéutica para los usuarios, y es importante que quede claro que, también en la transmisión de las farmacias, quienes no estén a la altura de las circunstancias en estas exigencias, tampoco podrán transmitir su farmacia en las condiciones previstas por la normativa vigente. *Boletín Oficial de Las Cortes Generales (Congreso de los Diputados). Serie proyectos de Ley, nº 73, de 10 de abril de 1973, pág. 3600.*