

Expediente Núm. 205/2016
Dictamen Núm. 233/2016

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de octubre de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 21 de julio de 2016 -registrada de entrada el día 1 del mes siguiente-, examina el expediente relativo al proyecto de Decreto de desarrollo de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica, en Materia de Apertura, Traslado, Modificación, Cierre y Transmisión de las Oficinas de Farmacia y Botiquines Farmacéuticos en el Principado de Asturias.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Contenido del proyecto

El proyecto sometido a consulta se inicia con un preámbulo en el que se señalan los presupuestos normativos de la regulación que aborda. Refiere que con la Ley del Principado de Asturias 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y

Ordenación Farmacéutica, se regulariza por primera vez esta materia con rango de ley, en el ejercicio de las competencias estatutarias, con el objetivo de garantizar una atención farmacéutica continuada, integral y de calidad.

A su vez, se indica que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, establece que las autoridades podrán elegir entre una comunicación, una declaración responsable o una autorización, reconociendo que esta última es el instrumento adecuado para garantizar la concurrencia competitiva en los casos en que existe una limitación del número de operadores o una sujeción a tarifas. Se concreta, a continuación, que la norma proyectada se adopta en desarrollo de la Ley del Principado de Asturias 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica, procediéndose con ella a la modificación de la reglamentación vigente en materia de oficinas de farmacia y botiquines farmacéuticos.

La parte dispositiva del proyecto de Decreto está integrada por setenta y un artículos, divididos en nueve capítulos, una disposición transitoria, una derogatoria y dos finales.

Todos los artículos están titulados y se agrupan en los siguientes capítulos: capítulo I, "Disposiciones Generales"; capítulo II, "Autorización de nuevas oficinas de farmacia", que se subdivide en tres secciones que tratan de las "disposiciones generales del procedimiento", de la "convocatoria pública de nuevas oficinas de farmacia" y del "procedimiento de designación de local y de apertura de nuevas oficinas de farmacia"; capítulo III, "Autorización de traslado de local de oficinas de farmacia", que cuenta con dos secciones, relativas a las "disposiciones generales" y al "procedimiento"; capítulo IV, "Modificación de local de oficinas de farmacia"; capítulo V, "Cierre de las oficinas de farmacia"; capítulo VI, "Transmisión de la titularidad de la oficina de farmacia"; capítulo VII, "Requisitos técnicos y sanitarios de las oficinas de farmacia"; capítulo VIII, "Botiquines farmacéuticos", y capítulo IX, "Régimen sancionador".

La disposición transitoria única señala que el Decreto “no será de aplicación a los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, que continuarán rigiéndose por la normativa anterior”.

La disposición derogatoria única deja sin efecto el Decreto 72/2001, de 19 de julio, Regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines en el Principado de Asturias, salvando el capítulo relativo a los recursos humanos y el anexo, que continúan vigentes.

La disposición final primera habilita al titular de la Consejería para “dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de este decreto”, y la segunda dispone la entrada en vigor de la norma proyectada a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias.

2. Contenido del expediente

Con fecha 25 de enero de 2016, la Directora General de Política Sanitaria propone que se inicie el procedimiento de elaboración de un Decreto de desarrollo de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica, en materia de apertura, traslado, modificación, cierre y transmisión de las oficinas de farmacia y botiquines farmacéuticos en el Principado de Asturias. La propuesta se acompaña de un texto de la norma que se pretende y de una memoria justificativa, suscrita con la misma fecha por la Jefa del Servicio de Farmacia.

Vista la propuesta, mediante Resolución del titular de la Consejería de Sanidad, de 27 de enero de 2016, se dispone el inicio del correspondiente procedimiento para la elaboración de la norma.

Durante la tramitación del mismo, el proyecto se somete a información pública y a la audiencia de las entidades y asociaciones afectadas, recibándose alegaciones de un particular (favorables a restituir a los colegios en sus funciones), de la Asociación de Empresarios de Farmacia de Asturias, de la Asociación de Personas con Lesión Medular y otras Discapacidades Físicas y del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Asturias. No presentan alegaciones las

asociaciones de consumidores y usuarios, con las que también se libra el trámite.

Con fecha 29 de abril de 2016, la Jefa del Servicio de Farmacia, con el visto bueno de la Directora General de Política Sanitaria, emite informe sobre las alegaciones recibidas, proponiendo la aceptación de varias de ellas, si bien no desciende a valorar las sugeridas por la Asociación de Empresarios de Farmacia de Asturias en cuanto que "requieren conocimientos jurídicos". En torno a estas últimas elabora informe complementario el 23 de mayo de 2016 el Jefe del Servicio de Asuntos Jurídicos, proponiendo la inclusión en el texto de varias de ellas. Se adjunta un borrador de la disposición proyectada que incorpora las alegaciones informadas favorablemente.

Tras la memoria económica, rubricada por la Directora General de Política Sanitaria el 25 de mayo de 2016 y expresiva de que la norma no comporta gasto adicional, el proyecto se remite a la Dirección General de Presupuestos para su preceptivo informe, que es emitido favorablemente el 8 de junio de 2016.

Remitida la norma en elaboración a las Secretarías Generales Técnicas de las distintas Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias, presenta observaciones de orden formal la de Presidencia y Participación Ciudadana, rubricadas por la Jefa del Secretariado de Gobierno.

Se incorporan a las actuaciones, firmados por la Secretaria General Técnica instructora, una tabla de vigencias, datada el 28 de junio de 2016, y un cuestionario -cumplimentado en modelo normalizado- para la valoración de la propuesta normativa que contempla la evaluación de impacto de género y la evaluación de impacto sobre la unidad de mercado.

Asimismo, se libra un informe por la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora, fechado el 29 de junio de 2016, sobre la necesidad de la norma y su adecuación a los fines perseguidos. En él se valoran las alegaciones recibidas, remitiéndose a los anteriores informes sobre las presentadas en trámite de audiencia e información pública, y acogándose las observaciones

formuladas por la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana. Se adjunta un nuevo texto con las correcciones que se asumen.

Por último, el texto es analizado e informado favorablemente por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos el día 6 de julio de 2016, según certifica el Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana, añadiendo que el proyecto de Decreto “se remite al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para emisión de dictamen”.

3. En este estado de tramitación, mediante escrito de 21 de julio de 2016, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al proyecto de Decreto de desarrollo de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica, en Materia de Apertura, Traslado, Modificación, Cierre y Transmisión de las Oficinas de Farmacia y Botiquines Farmacéuticos en el Principado de Asturias”, adjuntando a tal fin el expediente original.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

ÚNICA.- El expediente remitido se refiere a un proyecto de Decreto de desarrollo de la Ley del Principado de Asturias 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica, en materia de apertura, traslado, modificación, cierre y transmisión de las oficinas de farmacia y botiquines farmacéuticos. El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra e), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra e), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17,

apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

La potestad reglamentaria que el artículo 33.1 del Estatuto de Autonomía reconoce al Consejo de Gobierno está sujeta a límites formales precisos, siendo uno de los más relevantes el que somete su ejercicio al procedimiento establecido al efecto, el de elaboración de disposiciones de carácter general, que se rige por lo dispuesto en el capítulo V de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias (en adelante Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias), y en concreto ha de ajustarse a lo dispuesto en sus artículos 32, 33 y 34.

Debe subrayarse que el procedimiento no puede verse degradado a un mero cauce formal, pues sus distintos trámites se dirigen a la garantía de los principios de buena regulación. Al respecto, aunque *rationae temporis* la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no es aquí de aplicación, no cabe duda de la vigencia de los principios que condensa en su artículo 129 en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria, en cuanto que se deducen de los mismos fines a los que la Administración constitucionalmente sirve. Entre ellos, los principios de necesidad, eficacia, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. Significativamente, en cuanto a los de necesidad y eficacia, señala el legislador estatal que la iniciativa normativa debe “basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución”, y, en torno a la garantía de la seguridad jurídica, dispone que la iniciativa “se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”.

El proyecto que analizamos ha sido sometido a información pública y a la audiencia de las entidades y asociaciones afectadas (entre otras, la Asociación

de Empresarios de Farmacia de Asturias, la Asociación de Personas con Lesión Medular y otras Discapacidades Físicas, asociaciones de consumidores y usuarios y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Asturias). Igualmente, fue remitido a las distintas Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias, recibándose observaciones de una de ellas, y se han librado los informes pertinentes. Sin embargo, se advierte que la tabla de vigencias se incorpora tardíamente, tras el traslado del proyecto a las distintas Consejerías, contrariando lo pautado en la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias, que sitúa este informe en la fase de "iniciación" (artículo 32), que precede a la de "tramitación" (artículo 33).

Ciertamente, en la memoria justificativa y en el borrador inicial del texto, que incluye una cláusula de derogación expresa, se constata la subsistencia parcial o residual de la reglamentación anterior -el Decreto 72/2001, de 19 de julio, Regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines en el Principado de Asturias-, tal como se reproduce en la tabla de vigencias, pero los informantes no reparan en lo exiguo y fragmentario de la regulación que ha de subsistir separadamente, y en ningún momento valoran la conveniencia de reunir en un mismo texto la ordenación reglamentaria de los establecimientos farmacéuticos.

Ello conduce a un resultado perturbador, como es la vigencia simultánea de un reglamento titulado genéricamente "regulador de las oficinas de farmacia y botiquines" y de otro para cuya denominación se acude a una fórmula descriptiva, cuando es este último el que -sustancialmente- disciplina "las oficinas de farmacia y botiquines", quedando reducido el primero a uno de sus capítulos (recursos humanos) y un anexo. Esto es, la seguridad jurídica no solo padece ante la dispersión normativa de la institución común, sino también con la subsistencia de un Decreto "regulador de las oficinas de farmacia y botiquines" que únicamente conserva vigencia en uno de sus específicos contenidos, y cuya denominación genérica induce ahora a confusión, e incluso impide intitular con ese giro conciso a la nueva norma -so pena de provocar

mayor desconcierto-, pese a revelarse el más adecuado con arreglo a la técnica normativa.

El texto que analizamos no constituye un desarrollo integral de la Ley de Atención y Ordenación Farmacéutica, pero sí está llamado a servir a la ordenación integrada y sistemática de las secciones 1.^a y 2.^a del capítulo III de la norma legal, que se ocupan de las "Oficinas de farmacia" y de los "Botiquines farmacéuticos".

De ahí que en el análisis de su incidencia sobre el marco normativo en que ha de insertarse debiera haberse advertido la conveniencia de incorporar al proyecto que se tramita la parca regulación que ha de subsistir del que es objeto de derogación, reuniendo en un mismo texto el desarrollo reglamentario de las secciones 1.^a y 2.^a del capítulo III de la norma legal. Esta materia -oficinas de farmacia y botiquines- presenta una amplitud y unidad sistemática que aconseja su tratamiento en un solo cuerpo, sin perjuicio de la pervivencia de otras regulaciones separadas -como la contenida en el Decreto 60/1997, de 4 de septiembre, por el que se regulan los Horarios, Servicios de Urgencia y Vacaciones de las Oficinas de Farmacia del Principado de Asturias-, las cuales, no obstante, han de ser igualmente objeto de consideración en el estudio de impacto del proyecto a fin de valorar la oportunidad de adaptarlas a la Ley que aquí se desarrolla y a la legislación sobrevenida a través de las disposiciones finales de este proyecto (*verbi gratia*, en materia de infracciones y sanciones que se tipifican en la Ley 1/2007, o para actualizarlas a lo dispuesto en el Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la Venta a Distancia al Público, a través de Sitios Web, de Medicamentos de Uso Humano no sujetos a Prescripción Médica).

Tampoco se detiene el borrador en la singularidad de la atención farmacéutica en las zonas de montaña y la figura de los farmacéuticos titulares, pendiente de actualización normativa. En el Principado de Asturias, a la luz de las exigencias de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el Decreto 14/1988, de 20 de enero, por el que se reestructuran los Servicios

Farmacéuticos Dependientes de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, modificó de forma sustancial el régimen de trabajo de los farmacéuticos titulares, haciendo viable esta figura en las zonas especiales de montaña con el fin de dotar a las mismas de servicios sanitarios adecuados, haciendo atractivo el ejercicio profesional en estos lugares aislados y previendo la progresiva desaparición de esta figura en las restantes. Al respecto, ya el Decreto 112/1984, de 6 de septiembre, por el que se aprueba, con Carácter Definitivo, el Mapa Sanitario de Asturias y se dictan Normas para su Puesta en Práctica, objeto de diversas modificaciones, articula la potenciación de la capacidad operativa de los equipos sanitarios de estas zonas, fundamentalmente mediante el aumento del personal sanitario. Posteriormente, el Decreto 42/2005, de 12 de mayo, por el que se regula la Estructura Periférica de la Agencia de Sanidad Ambiental y Consumo, deroga de forma expresa el Decreto 14/1988, quedando integrados en las Unidades Territoriales de la Agencia -como centros operativos especializados en actuaciones de protección y promoción de la salud- los funcionarios de la escala de veterinarios, los farmacéuticos y el personal administrativo adscrito a las áreas sanitarias (artículo 5). El reciente Decreto 166/2015, de 16 de septiembre, por el que se regula la Estructura, Régimen Interior y de funcionamiento de la Agencia de Sanidad Ambiental y Consumo, mantiene la vigencia del Decreto 42/2005 como regulador de su estructura periférica. En suma, se observa que convendría considerar y actualizar, en este mismo cauce, el régimen específico de las zonas de montaña, y en todo caso deben sustituirse en el texto del proyecto las menciones a los "farmacéuticos titulares", que han de referirse a "los titulares de oficinas de farmacia", con el fin de evitar la confusión entre unos y otros.

Al lado de estas consideraciones -en las que los informes iniciales debieron detenerse en aras a la buena técnica normativa-, se aprecia una omisión que atenta frontalmente contra la garantía de la seguridad jurídica, con merma también del principio de eficacia. Tales principios imponen, como se ha expuesto, que la iniciativa normativa se base en una identificación nítida de los

finos perseguidos -para los que se revele instrumento adecuado- y se dirija a generar un marco normativo predecible, integrado, claro y de certidumbre que facilite su conocimiento y comprensión, y, en consecuencia, su aplicación por las autoridades y la toma de decisiones por los particulares.

La disposición proyectada, complemento necesario de la ley objeto de desarrollo, aspira a reunir en un texto la ordenación de los establecimientos farmacéuticos -al menos, en lo que atañe a las autorizaciones- y servir así de soporte integral a las convocatorias de nuevas autorizaciones, lo que justifica la técnica de reproducir en su seno los preceptos legales sobre esta materia. Sin embargo, se advierte una quiebra en este orden lógico, pues al abordar los requisitos de los aspirantes el artículo 5 del proyecto reproduce los establecidos en el artículo 15 de la norma desarrollada, pero omite el relativo a la edad consagrado en dicho precepto legal, a cuyo tenor "No podrán participar en el procedimiento de autorización de nuevas oficinas de farmacia los farmacéuticos que tengan cumplidos 65 años de edad en el momento de publicación de la convocatoria" (artículo 15, apartado 5, de la Ley 1/2007).

La omisión no ha de reputarse casual, sino deliberada, en consideración a las conocidas sentencias del Tribunal Constitucional que anulan una limitación similar en la legislación de otras Comunidades Autónomas, pero la problemática no debe silenciarse, sino suscitarse en el proceso de elaboración de la norma, toda vez que la efectiva supresión del requisito requiere de una reforma legal o de un pronunciamiento específico del Tribunal Constitucional sobre la ley asturiana, sin que su omisión en la norma subordinada obste a su vigencia y aplicación por las autoridades llamadas a resolver las convocatorias. De ahí que el análisis de la incidencia de la disposición proyectada deba detenerse singularmente en este extremo, y poner de manifiesto que de no mediar una reforma de la ley el texto reglamentario solo puede ser un elemento de confusión o distorsión contrariando su propia finalidad, pues la limitación será aplicable por mandato legal aunque se silencie en la disposición de desarrollo, y las convocatorias de autorización de nuevas oficinas quedan expuestas a la

impugnación hasta que, elevada la cuestión de inconstitucionalidad por los tribunales ordinarios, se depure la ley autonómica.

En efecto, esta problemática debe abordarse a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas sobre normas de otras Comunidades Autónomas (Galicia, Extremadura, País Vasco y Castilla La Mancha; por todas, Sentencias 63/2011, de 16 de mayo; 117/2011, de 4 de julio, y 161/2011, de 19 de octubre) que resuelven las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas frente a la limitación de edad para participar en los concursos de autorización de nuevas oficinas de farmacia. Ventilándose la constitucionalidad de normas similares a la contenida en la Ley del Principado de Asturias 1/2007 (que impone una edad inferior a 65 años para tomar parte en los concursos), concluye el Alto Tribunal que estamos ante una discriminación ilegítima por razón de la edad, que “no es constitucionalmente admisible (art. 14 CE), porque no resulta ni idónea ni proporcionada respecto de la finalidad pretendida de favorecer el acceso de nuevos profesionales jóvenes y de mediana edad, produciendo en cambio la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años de modo injustificado”.

Además, esta conclusión no puede ser ajena a otras prescripciones normativas, como las que ligan la edad a la caducidad de las autorizaciones. El Tribunal Constitucional se había pronunciado también con relación a la edad en supuestos de oficinas de farmacia en dos recursos de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas que establecían como causa de caducidad de las autorizaciones el cumplimiento de setenta años. El debate suscitado en dichos recursos fue, en primer lugar, el de la compatibilidad de esta causa de perención con las bases estatales en materia de sanidad; singularmente, con la regulación estatal de la transmisibilidad de las farmacias. El Tribunal consideró que la Ley 16/1997, como norma básica estatal, “deja a las Comunidades Autónomas, no la libertad de enervar la transmisibilidad de las farmacias, pero sí la de someter la transmisión a requisitos o condiciones que, naturalmente, no podrán ser arbitrarias, ni podrán entrar en pugna con la Constitución”. Lo que

le conduce a declarar, en segundo lugar, que “el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de interés público (...) se conecta con dicho interés y ni impide la posibilidad de transmisión ni puede estimarse arbitraria” (Sentencias 109/2003, de 5 de junio, y 152/2003, de 17 de julio).

En el segundo recurso (Sentencia 152/2003, de 17 de julio) se adujo expresamente la compatibilidad de la discriminación proscrita por el artículo 14 de la Constitución con la caducidad de las autorizaciones de farmacia por el cumplimiento de los setenta años de edad. En ese caso el Tribunal entendió que había una justificación razonable y proporcionada en el interés público al que la autorización de farmacia está vinculada. En concreto, porque “el cumplimiento de aquella edad pudiera mermar la prestación de la actividad en las condiciones que requiere la finalidad a la que sirve”. Y asimismo entendió que “la aludida caducidad no enerva la posibilidad de la transmisión de los elementos patrimoniales de la oficina (...), de un lado, y tampoco impide el ejercicio de su actividad profesional en otras áreas, la diferencia de trato que supone la caducidad de la autorización está justificada y no conlleva consecuencias desmedidas”.

En las más recientes sentencias, en las que se aprecia la inconstitucionalidad del límite de edad para participar en los concursos, el Alto Tribunal no se aparta de su doctrina (no eleva la cuestión al Pleno), razonando que “la doctrina sentada (...) no es trasladable automáticamente a este caso, pues en aquellas la edad de setenta años limitaba con carácter general el ejercicio de la actividad habilitada por una autorización de farmacia mientras que el precepto legal que enjuiciamos solo sujeta al tope de sesenta y cinco años el desempeño farmacéutico derivado de la obtención de una nueva autorización, permitiendo sin embargo el normal ejercicio de una preexistente, lo que es una diferencia relevante a la hora de ponderar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción (...) establecida en aras a garantizar el correcto ejercicio de una actividad de interés público” (Sentencias 63/2011, de

16 de mayo, y 161/2011, de 19 de octubre). Con el inciso “permitiendo sin embargo el normal ejercicio de una preexistente” parece anudarse la discriminación proscrita a la coexistencia de un régimen en el que la edad de 65 años no es causa de caducidad de las autorizaciones ni limita su “normal ejercicio” (estando entonces fijada en los 75 años del titular la caducidad en el territorio de aplicación de la norma enjuiciada, Castilla-La Mancha), pues, si bien la tacha que merezca el precepto que cercena el acceso por razón de edad ha de fundarse en su propio contenido y en la infracción de un canon de constitucionalidad (en este caso, el juicio de la proporcionalidad, en función del resultado producido y la finalidad perseguida), su confrontación con distintos tratamientos de una misma realidad obsta a la racional justificación de la exclusión impuesta.

En efecto, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2011, de 4 de julio, (en este caso, sobre la ley aragonesa) se concluye que “si la edad de sesenta y cinco años no es obstáculo para seguir ejerciendo la profesión de farmacéutico titular de la oficina de farmacia (...), entonces la prohibición de acceso a una nueva autorización para los mayores de esa edad no está conectada con el interés público presente en la ordenación del servicio farmacéutico”.

En suma, se expulsa del ordenamiento la limitación de edad para el acceso a una autorización, en la medida en que no puede sostenerse razonablemente que en quienes rebasen esa edad -por ese solo hecho- se objetive una merma o menor aptitud cuando los farmacéuticos ya titulares pueden continuar en el “normal ejercicio” de su actividad al alcanzar los 65 años. Al mismo tiempo, no se considera desproporcionada la vigencia de una limitación general, habiendo declarado el Alto Tribunal que, “aun cuando no estemos ante un supuesto de acceso a la función pública y que, por tanto, el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley haya que ubicarlo en los genéricos márgenes” del artículo 14 de la Constitución, “dadas las connotaciones de interés público y general que preside la actividad de la

profesión farmacéutica cuando se trata de oficinas abiertas al público, si bien es legítima la decisión legislativa de fijar objetivamente límites de edad para el acceso a determinados puestos de la función pública, también es preciso que dichos límites se establezcan de forma indiferenciada, genérica y para todos” (Sentencia 117/2011, de 4 de julio, con cita de las Sentencias 75/1983, de 3 de agosto, y 37/2004, de 11 de marzo).

En definitiva, los dictados del Tribunal Constitucional son conciliables, bien estableciendo un límite de edad común, aplicable en todo caso, tanto al acceso a la actividad como a su continuación, o bien prescindiendo de la edad como criterio de exclusión en los concursos y manteniendo únicamente una norma general sobre caducidad, aplicable cualquiera que sea el momento en que la autorización comienza a ejercerse. En ambos supuestos, el derecho a concurrir -en condiciones de igualdad- que asiste a quienes se encuentren próximos a la edad determinante de la caducidad de las autorizaciones puede resultar *de facto* inoperante, pero ello sería así por la aplicación de una limitación general y razonable y no por el rigor de una discriminación proscrita.

En el modelo acogido por la Ley del Principado de Asturias 1/2007 se excluye a los mayores de 65 años en los concursos de autorización de nuevas farmacias (artículo 15.5), y se fija la caducidad de las autorizaciones al cumplirse 70 años por su titular. Así, el “cierre forzoso” se produce por “haber transcurrido el plazo de 60 meses desde que haya cumplido el titular la edad de 65 años sin haber procedido a su transmisión”, el mismo plazo que se arbitra al regular la transmisión de las oficinas por mayores de 65 años, aclarándose que su agotamiento sin que se haya verificado la transmisión “determinará la caducidad de la autorización administrativa” (artículos 23 y 32). A su vez, para la transmisión de una oficina de farmacia se exige que “haya permanecido abierta al público” bajo la misma titularidad “durante seis años consecutivos”, salvo en los casos de muerte o incapacitación (artículos 31 y 32).

Con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a la ley aragonesa se ventiló la significación que cabe atribuir a esa idea de

permanencia en la función al frente de la oficina de farmacia, que trata de anudarse a la prestación de un servicio de calidad. La Ley de las Cortes de Aragón 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica para Aragón, no configura el cumplimiento de una determinada edad por el farmacéutico titular como causa de caducidad o extinción de la licencia, si bien se exige el nombramiento de un farmacéutico adjunto cuando el titular o regente alcance los setenta años. También exige el legislador autonómico que las oficinas de farmacia hayan permanecido abiertas al público durante tres años consecutivos como requisito para su transmisión. Al respecto, el Tribunal Constitucional razona que, "en definitiva, no resulta conforme con las exigencias" del artículo 14 de la Constitución "que se impida con carácter general a los mayores de sesenta y cinco años la opción de concurrir a la obtención de una autorización so pretexto de que, por razón de su edad, no podrán permanecer en la oficina de farmacia durante un periodo imposible de precisar apriorísticamente (pero que no cabe descartar que llegue a superar los tres años) cuando el tiempo de apertura mínima de la oficina tan solo se exige a efectos de permitir la transmisión de la oficina de farmacia, reconociéndose incluso algunas excepciones a tal limitación" (Sentencia 117/2011, de 4 de julio).

Trasladando esta doctrina a la legislación del Principado de Asturias, puede concluirse que la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años -amparada en la idea de permanencia- no supera el juicio de proporcionalidad, al anticipar en un periodo excesivamente largo de tiempo la limitación por edad de los profesionales farmacéuticos. Esto es, desde el plano constitucional no puede afirmarse que una y otra edad -la que impide concurrir a la apertura de una nueva farmacia y la que determina la caducidad de una autorización- hayan de ser necesariamente coincidentes, pues existen razones prácticas atendibles para que una diste de la otra, pero no cabe que la primera se separe sustancialmente de la segunda, en cuanto que vendría materialmente a adelantar el límite de edad común del ejercicio de la actividad para quienes pretenden acceder a una nueva farmacia. En definitiva, la jurisprudencia

recaída sobre normas similares permite apreciar la inconstitucionalidad del límite de sesenta y cinco años fijado en la legislación autonómica, si bien no alcanza a proscribir una edad de exclusión que se anticipe ligeramente sobre la que determina la caducidad.

A la vista de lo expuesto, no cabe sino destacar la necesidad de respetar escrupulosamente lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias, que reclama un análisis amplio de la incidencia de la disposición proyectada en el marco normativo en el que ha de insertarse, extensivo a la eventual merma de los principios de seguridad jurídica y eficacia. Por ello, en el curso de la elaboración del proyecto debieron explicitarse, y no silenciarse, las consecuencias del mantenimiento de una ley contraria a la doctrina constitucional que no se depura, sino que convive con la reglamentación que se apruebe, de modo que esta no puede alcanzar su finalidad de servir a la ordenación completa e integrada de los establecimientos farmacéuticos ni ofrecer adecuada cobertura a las convocatorias de autorización de nuevas oficinas -cuya vigencia sería precaria, marcada por la amenaza de su impugnación, al no poder la Administración sustraerse a la aplicación del precepto legal cuestionado-, sin que quepa excluir, amén de las condenas judiciales, consecuencias resarcitorias de los daños ocasionados por la denunciada precariedad.

Precisamente en otras Comunidades Autónomas cuya legislación no ha sido depurada por el Tribunal Constitucional se advierte, al enfrentarse a esta complejidad, la conveniencia -o necesidad- de proceder a la modificación de la ley antes de elaborar el reglamento de desarrollo. Así, en Andalucía, el Decretoley 3/2014, de 8 de abril, por el que se modifica la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, alude en su parte expositiva a “la necesidad urgente de acometer una reforma legislativa como paso necesario para la reglamentación del procedimiento de adjudicación de oficinas de farmacia”.

En definitiva, este Consejo estima que, en consideración a los principios de seguridad jurídica y eficacia, procede retrotraer las actuaciones al momento en que debió abordarse -en los términos expuestos- la incidencia de la norma proyectada en el marco normativo en el que ha de insertarse, al objeto de dejar constancia, desde el inicio mismo del *iter* procedimental, de la insuficiencia de la norma reglamentaria para atender sus fines de conformidad con aquellos principios. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que debe retrotraerse el procedimiento de elaboración de la norma al estado y momento en que debió analizarse su incidencia en el marco normativo, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y sus consecuencias, en los términos señalados en el cuerpo de este dictamen.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.