

## Sección del Tribunal Constitucional

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**3304** *Pleno. Auto 13/2018, de 7 de febrero de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 4476-2017. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 4476-2017, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid en relación con el artículo 30 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de ordenación y atención farmacéutica de la Comunidad de Madrid.*

ECLI:ES:TC:2018:13A

Excms. Srs. don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

## AUTO

## I. Antecedentes

1. Con fecha 15 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal un oficio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid, al que se acompaña, junto con el testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento abreviado 138-2016, el Auto de 12 de mayo de 2017, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 30 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de ordenación y atención farmacéutica de la Comunidad de Madrid, por posible vulneración de lo dispuesto en el artículo 149.1.1 y 16 CE.

2. Los antecedentes de hecho, relevantes para el examen de la cuestión de inconstitucionalidad planteada son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por resolución del Director General de Inspección y Ordenación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, de 6 de agosto de 2015, confirmada en alzada por el Vice-Consejero de Sanidad, en fecha 9 de febrero de 2016, se impuso a doña M.O.F.C., en su calidad de propietaria de una oficina de farmacia, una multa de 6.000 € por infracción tipificada en el artículo 30 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de ordenación y atención farmacéutica de la Comunidad de Madrid, por la realización de publicidad prohibida de las oficinas de farmacia que se identifican con la denominación de «Farmacias Trébol».

b) En fecha 9 de abril de 2016, la representación procesal de la afectada interpuso recurso contencioso-administrativo contra las anteriores resoluciones. En la demanda se alegó, entre otros motivos, la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 30 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, con fundamento en que el citado precepto infringe el bloque de constitucionalidad (arts. 149.1.16 y 149.3 CE), si se interpreta en el sentido de que prohíbe terminantemente la publicidad de las actividades, productos y servicios ofertados por el profesional sanitario, titular del establecimiento. Afirma la concurrencia de una inconstitucionalidad mediata o indirecta, por infracción de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, así como la infracción del artículo 14 CE, por generar requisitos discriminatorios en el ejercicio de una actividad de servicios, sin que aquéllos tengan soporte en una razón imperiosa de interés general.

El recurso fue tramitado como procedimiento abreviado, con el núm. 138-2016, correspondiendo su conocimiento al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid. En dicho procedimiento se personó, como parte demandada, la Comunidad de Madrid, la cual afirma, en su escrito de alegaciones, que tiene competencia, en virtud

de lo dispuesto en el artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía, para el desarrollo de la legislación básica estatal sobre ordenación farmacéutica, por lo que está habilitada para la regulación de las oficinas de farmacia, en cuanto establecimientos sanitarios privados de interés público, razón por la cual, y en aplicación de lo dispuesto en su Ley 19/1998, de 25 de noviembre, ha procedido a la imposición de la sanción cuestionada por efectuar publicidad de los locales de farmacia, identificados con un símbolo distinto al de la cruz verde (un trébol) y con denominación mercantil, y por llevarse a cabo publicidad no permitida por el artículo 30 de la citada Ley.

c) Finalizada la tramitación del procedimiento, y tras la celebración de la vista oral, el día 4 de mayo de 2017, se dictó Auto de 12 de mayo, por el que se acordó, con suspensión del plazo para dictar sentencia, dar audiencia a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, para que en término de diez días aleguen lo que a su derecho convenga acerca de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 30 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre.

d) El anterior trámite fue evacuado por la representación de la Comunidad de Madrid en fecha 29 de mayo, oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, por entenderla innecesaria. Por su parte, el representante de doña M.O.F.C. solicitó, en escrito de 31 de mayo de 2017, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

e) El Fiscal, en fecha 31 de mayo, interpone recurso de súplica por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al no haberse citado en el Auto aquellos preceptos constitucionales que se suponen infringidos por la norma autonómica. En razón de ello vino a interesar que, con estimación del recurso, se revoque el citado Auto y se dicte otro en el que se concreten dichos preceptos.

f) En posterior Auto de 27 de junio de 2017, se estima el recurso de súplica, y se concede a las partes personadas y al propio Ministerio Fiscal un nuevo plazo de diez días para que aleguen sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 30 de la Ley 19/1998, por ser contrario a lo dispuesto en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, lo que afectaría al artículo 149.1.1 y 16 CE. Dicho Auto es objeto de posterior corrección de errores materiales, en fecha 30 de junio, en el que se especifica que la vulneración se refiere al artículo 44 y concordantes, de la citada Ley 44/2003.

g) El anterior trámite de audiencia fue evacuado por la parte demandada, solicitando la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, en fecha 3 de julio; y por la Comunidad de Madrid el 11 de julio siguiente, reiterando la innecesariedad del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. El Fiscal, en escrito de 13 de julio, entiende que procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto el Auto viene a dar estricto cumplimiento a los trámites previstos en el artículo 35.2 LOTIC.

3. En su Auto de 27 de junio de 2017, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que a continuación se resumen.

Afirma el Auto que la posible inconstitucionalidad del artículo 30 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de ordenación y atención farmacéutica de la Comunidad de Madrid resulta determinante para la resolución del pleito, pues es precisamente el precepto que se ha invocado por la Administración actuante para imponer la sanción que se impugna; y puede ser contrario a los artículos 149.1.1 y 16 CE, porque al prohibir y prever sanciones para la publicidad de las farmacias, contraviene lo dispuesto con carácter básico en el artículo 44 de la Ley estatal 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

Recuerda que el artículo 44 de la Ley 44/2003, regula la publicidad de los servicios y prestaciones ofrecidos al público por los profesionales sanitarios, y que la prohibición de publicidad que contiene el precepto cuestionado habría devenido inconstitucional con carácter sobrevenido, al dictarse la referida Ley estatal 44/2003, al amparo de las competencias atribuidas al Estado por los artículos 149.1.1 y 16 CE. El precepto cuestionado plantea asimismo una problemática con transcendencia constitucional, en la medida en que, además de los medicamentos y productos sanitarios, en los establecimientos farmacéuticos se ofertan servicios diversos, muchos de ellos en competencia con otros profesionales sanitarios que pueden publicitarlos, como son los

servicios de análisis clínicos, ortopedia, óptica y acústica; y finalmente que se pueden adquirir productos de parafarmacia, que también se pueden encontrar en tiendas de parafarmacia, grandes superficies o supermercados, que no son espacios específicamente farmacéuticos o adscritos al sistema nacional de sanidad.

Además de lo anterior, afirma que la normativa estatal básica ha previsto la venta de medicamentos *on line*, 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, y en su artículo 8.3 contempla además la «promoción y publicidad de la farmacia y su sitio web, en cualquier medio o soporte, incluyendo la realizada en buscadores o redes sociales».

Señala el Auto que todo lo anterior se completa con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, en cuyo apartado primero se dispone que «todos los centros y establecimientos sanitarios, así como las actividades de promoción y publicidad, estarán sometidos a la inspección y control por las Administraciones competentes». De lo expuesto concluye que la normativa básica en materia sanitaria parte de la posibilidad de promocionar y publicitar los establecimientos sanitarios, cuestión que también se relaciona con el principio de libertad de empresa, que rige en este tipo de establecimientos, de acuerdo con el artículo 89 de la misma Ley general de sanidad.

Adicionalmente, pone de manifiesto el Auto que el tipo infractor que se aplica al demandante se recoge en el artículo 61.5 e) de la Ley 19/1998, precepto que contiene una invocación genérica, a partir del cual, se produce la aplicación del artículo 30 de la misma Ley, que no tiene por sujeto al farmacéutico, sino a la oficina de farmacia, que no es una persona jurídica y, por tanto, no puede ser titular de derechos y obligaciones. Añade que el apartado segundo del artículo 30 contempla el ejercicio de funciones de inspección y control de las actividades de promoción y publicidad, pero dicha previsión no habilita para dictar una norma que supone claramente la eliminación de la publicidad a un establecimiento sanitario como es la oficina de farmacia.

Continúa afirmando el Auto que el precitado artículo 30 se opone a una norma posterior básica del Estado, que es el artículo 44 de la Ley 44/2003, cuyo carácter formal y materialmente básico no ofrece dudas, al tratarse de una cuestión resuelta por la STC 181/2014, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 13.7 de la Ley 22/2007, de Andalucía, que prohibía la publicidad de fórmulas magistrales, al hacer prevalecer el citado precepto estatal básico. La citada Sentencia inserta la materia «publicidad» en el ámbito del artículo 149.1.16 CE, destacando especialmente que la «información y publicidad» afecta a los derechos de los pacientes y forma parte de la exclusiva competencia estatal. Considera así el órgano judicial que el precepto cuestionado «hace emerger una prohibición allí donde el legislador estatal básico ha impuesto la libre publicidad de productos, actividades y servicios, sin más límite que los productos y servicios no autorizados».

Asimismo, se señala que el artículo 5 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, se refiere también a la publicidad de los servicios sanitarios; y es objeto de desarrollo en la Ley 29/2016, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, donde se recoge la publicidad de los llamados «medicamentos publicitarios». Sin embargo, añade el Auto, la sanción impuesta en este proceso no lo es por publicidad de medicamentos o productos sanitarios, sino por publicidad de los productos de parafarmacia, cuya publicidad es libre, así como de las actividades y servicios que el farmacéutico presta en la oficina de farmacia, cuestión ésta que está liberalizada por el artículo 44 de la Ley 44/2003. Finaliza este apartado señalando que, de conformidad con el ATC 246/2009, FJ 5, la competencia en materia de publicidad sólo puede ser asumida por las Comunidades Autónomas, en la medida en que no haya sido asumida por el Estado.

Concluye el Auto afirmando que la impugnación se concreta al párrafo 3 del artículo 30 de la Ley 19/1998, en el inciso «fuera del letrero y placa referenciados, no se permitirá la publicidad alguna de las oficinas de farmacia», por resultar contrario a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, lo que afectaría al artículo 149.1.1 y 16 CE.

4. Por providencia de 28 de noviembre de 2017, la Sección Tercera del Tribunal Constitucional acordó oír al Fiscal General del Estado, a los efectos que determina el artículo 37.1 LOTC, para que, en el plazo de diez días, alegue lo que considere conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuere notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de diciembre de 2017, interesando la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por ser notoriamente infundada.

Tras referirse a los antecedentes de hecho y a los términos en los que el órgano judicial expresa su duda de constitucionalidad, el Fiscal pasa a examinar el cumplimiento de los requisitos procesales en el Auto de planteamiento de la cuestión y sostiene que se cumplen, con una precisión: la observancia del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal (art. 35.2 LOTC) puede entenderse satisfactoriamente cumplida, tras el recurso de súplica del Fiscal y las subsanaciones producidas en los sucesivos Autos emitidos por el órgano proponente con fechas 12 de mayo, 27 de junio y 30 de junio de 2017; concretamente, la subsanación por el órgano judicial de la inicial deficiencia en la concreción de los preceptos constitucionales infringidos, que ha permitido al Fiscal y las partes conocer con suficiencia su planteamiento, ubicarlo en sus cabales términos constitucionales y efectuar alegaciones sobre el mismo, como cabe apreciar en los escritos presentados.

Seguidamente pasa el Fiscal a exponer las razones que conducen a reputar como notoriamente infundada la cuestión planteada. En cuanto al objeto de la misma, afirma que, pese a las consideraciones que se efectúan en el Auto de planteamiento sobre medicamentos, productos o servicios farmacéuticos, no es la publicidad de los mismos lo que se plantea en el proceso *a quo*, ni por consiguiente otra cosa que no sea la publicidad de los establecimientos farmacéuticos, puede constituir materia a ventilar en el ámbito de la presente cuestión.

Se plantea en el Auto un supuesto de inconstitucionalidad de carácter competencial y naturaleza mediata o indirecta y sobrevenida; y ello porque la norma autonómica no infringiría directamente los preceptos constitucionales reseñados (arts. 149.1.1 y 16 CE), sino de modo secundario o derivado por conculcar una norma estatal de nivel infraconstitucional (art. 44 de la Ley 44/2003), pero integrante del bloque de constitucionalidad, en cuanto aprobada por el Estado en ejercicio de las competencias exclusivas que le asigna la Constitución en materia de condiciones básicas de igualdad y bases y coordinación general de la sanidad; y sobrevenida, por cuanto la norma autonómica habría devenido inconstitucional, al haber sido regulada la cuestión posteriormente por el Estado, en ejercicio de las referidas competencias exclusivas.

A la vista de este planteamiento, para abordar la cuestión nuclear suscitada, se debe proceder primero a la identificación de la materia en que se inscribe el precepto impugnado, a determinar los títulos competenciales más específicos que asisten al Estado y a la Comunidad Autónoma y, tras ello, examinar si los preceptos que se invocan como ley de contraste son formal y materialmente básicos, para finalmente concluir sobre la contradicción enunciada.

En cuanto a lo primero, señala que, de conformidad con una asentada doctrina constitucional, la competencia estatal en relación con las oficinas de farmacia proviene de lo establecido en el artículo 149.1.16 CE, que concede al Estado competencia exclusiva en relación con «las bases y la coordinación general de la sanidad»; y dicha competencia incluye la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios (STC 32/1983, de 28 de abril); tales requisitos deben considerarse siempre como mínimos y, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados (SSTC 80/1984 y 181/2014). Por su parte, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid atribuye a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación

básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución en materia de sanidad e higiene, así como la ordenación farmacéutica y establecimientos farmacéuticos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.16 CE.

La normativa básica estatal en relación con las oficinas de farmacia, se contiene principalmente en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia, aprobada bajo la cobertura de los títulos competenciales del artículo 149.1.1 y 16 CE. Su artículo primero, siguiendo la estela de la Ley 14/1986, de Sanidad, define las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas. En su artículo 30.1 prescribe además que «todos los centros y establecimientos sanitarios, así como las actividades de promoción y publicidad, estarán sometidos a la inspección y control de las Administraciones sanitarias competentes».

Se refiere a continuación el informe del Fiscal a la doctrina constitucional que ha señalado que estamos ante una actividad regulada en razón de la garantía sanitaria, y no liberalizada, pues su ejercicio está sometido a planificación, mediante la limitación del número de establecimientos farmacéuticos en función de criterios de población y distancias, con la que se pretende asegurar la prestación del servicio a toda la población. Asimismo, los distintos modelos de organización que derivan de los distintos modos y formas que puede asumir la libertad de empresa en este ámbito, inciden sobre el modo y la forma en que los establecimientos privados sirven al interés público, de modo que cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa, estaremos indudablemente ante una materia propia de las bases, siendo la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia uno de esos elementos estructurales (STC 181/2014, FJ 2).

Considera el Fiscal que la regulación de la publicidad de las oficinas de farmacia no puede entenderse que constituya de manera imprescindible componente esencial de los referidos elementos estructurales ni, por tanto, materia propia de las bases, existiendo una cierta vinculación entre la planificación de orden territorial de establecimientos sanitarios y la previsión de limitaciones anexas a restricciones geográficas de ubicación establecidas en función de distancias y población. Por consiguiente, cabe entender que la ordenación normativa de la publicidad de las oficinas de farmacia halla suficiente acomodo en el ámbito de competencia autonómica de desarrollo de las bases estatales. De hecho, señala, la normativa autonómica presenta múltiples previsiones de explícita prohibición de publicidad de los establecimientos farmacéuticos.

En cuanto al carácter básico de la normativa estatal alegada como parámetro de contraste, se pone de manifiesto que el artículo 44 de la Ley 44/2003 tiene el carácter de norma básica tanto en sentido formal como material, pues la propia disposición final primera de la Ley le asigna carácter formalmente básico, y de su contenido se deduce igualmente dicha condición, en la medida en que regula un núcleo de interés general a modo de común denominador regulador de la materia afectada; en este caso, el ámbito de la salud humana y la consecuente prestación a los ciudadanos de una asistencia y servicios sanitarios de calidad, eficacia y eficiencia en condiciones mínimas de igualdad en cualquier parte del territorio nacional. Resulta incuestionable la estrecha vinculación existente entre el derecho a la protección de la salud en el ámbito sanitario, público o privado, y el ejercicio de las profesiones sanitarias, puesto que los servicios y prestaciones que éste dispensa constituyen componente y soporte esencial de apropiado funcionamiento, la calidad y la más eficiente y eficaz prestación a los ciudadanos de la atención sanitaria y los servicios que esta conlleva.

Finalmente, el informe del Fiscal se pronuncia sobre el carácter infundado de la cuestión por falta de contradicción regulativa. Afirma que la mera lectura de las normas, cuestionada y de contraste, revela que ambas tienen una ordenación regulativa referida a objetos diferentes y perfectamente distinguibles, por lo que no existe colisión entre ellas. Mientras la norma autonómica regula de manera exclusiva la publicidad de las oficinas o establecimientos de farmacia, la norma básica estatal regula la publicidad, propaganda e informaciones relativas a servicios, prestaciones y actividades de profesionales sanitarios,

incluyendo todo lo más la de las actividades y productos sanitarios no autorizados o sobre los que no existe evidencia de efectos beneficiosos, pero en ningún caso se refiere a la publicidad de las oficinas o establecimientos farmacéuticos. Si bien el Auto de planteamiento efectúa consideraciones sobre publicidad de medicamentos, productos y servicios farmacéuticos, debe insistirse que en el proceso subyacente, el objeto del pleito es la imposición de una sanción administrativa por incumplimiento de la obligación de no publicitar la oficina de farmacia más allá de los términos contemplados en el precepto autonómico; de modo que no es la publicidad de tales medicamentos, productos o servicios farmacéuticos lo que constituye objeto del proceso *a quo ni*, por consiguiente puede constituir materia a ventilar en el ámbito del enjuiciamiento constitucional de la presente cuestión. Concluye el informe considerando que el planteamiento del órgano proponente podría afirmarse que se sustenta en una confusión que parte de una equivocada percepción de la existencia de áreas de coincidencia o confluencia entre los objetos reguladores de las normas que enfrenta que, en realidad, no tiene razón de ser.

Concluye el escrito solicitando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por entender que la misma es notoriamente infundada, careciendo de todo fondo las concretas dudas suscitadas por el órgano judicial proponente.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid ha promovido cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 30 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de ordenación y atención farmacéutica de la Comunidad de Madrid, precepto que dispone literalmente lo siguiente:

«Artículo 30. *Identificación y señalización.*

Todas las oficinas de farmacia estarán debidamente señalizadas. Dispondrán de un letrero donde figure, con caracteres fácilmente visibles, la palabra «Farmacia», así mismo contarán con una cruz griega o de malta verde.

En la fachada principal y situada en lugar visible, existirá una placa que identifique al farmacéutico titular.

Fuera del letrero y placa referenciados, no se permitirá publicidad alguna de las oficinas de farmacia, salvo que se considere necesaria para su localización, requiriendo previa autorización de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales.»

Como se ha expuesto en los antecedentes, el Auto de planteamiento centra exclusivamente la duda de inconstitucionalidad en el inciso del párrafo tercero del artículo 30 en el que se dispone que, fuera del letrero y placa referenciados, «no se permitirá publicidad alguna de las oficinas de farmacia», por estimar que podría vulnerar el artículo 149.1.1 y 16 CE.

Conforme a los razonamientos que han quedado expuestos en los antecedentes de esta resolución, el Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la presente cuestión por resultar notoriamente infundada (art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC).

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 LOTC, este Tribunal puede rechazar *a limine* las cuestiones de inconstitucionalidad, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, si faltaren las condiciones procesales o fueran notoriamente infundadas.

Antes de examinar el eventual carácter infundado de la cuestión suscitada, debemos examinar si el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal ha sido cumplimentado satisfactoriamente, de conformidad con lo exigido por el artículo 35.2 LOTC. Su correcto cumplimiento comporta de modo inexcusable, entre otros aspectos, que en dicho trámite de audiencia se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se duda, como las normas de la Constitución que se consideren

vulneradas, sin que el órgano judicial pueda elevar cuestión de inconstitucionalidad sobre preceptos no sometidos a este trámite de alegaciones (por todos, AATC 29/2003, de 28 de enero, FJ único; 60/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 96/2004, de 23 de marzo, FJ 2; 173/2006, de 6 de junio, FJ único, y STC 224/2006, de 6 de julio, FJ 4).

En el presente caso, y como se ha expuesto en los antecedentes, por Auto de 12 de mayo de 2017, se dio audiencia a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre el posible planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, respecto del artículo 30 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de ordenación y atención farmacéutica de la Comunidad de Madrid, pero no se indicaba el precepto o preceptos constitucionales que operarían como canon de contraste respecto del precepto legal de cuya constitucionalidad se dudaba. Tras la estimación del recurso de súplica interpuesto por el Fiscal, se llevaron a cabo las subsanaciones correspondientes por autos de 27 y 30 de junio de 2017, en los que se especifica que la vulneración constitucional deriva del hecho de que el precepto controvertido podría ser contrario a lo dispuesto con carácter básico en el artículo 44 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, lo que implicaría la vulneración de las competencias estatales del artículo 149.1.1 y 16 CE, a cuyo amparo se dicta; tras lo cual se procedió a la apertura de un nuevo trámite de audiencia a las partes y al Fiscal.

La subsanación por el órgano judicial de la previa omisión de uno de los requisitos exigidos por el artículo 35.2 LOTC para la correcta formulación de la cuestión de inconstitucionalidad, ha permitido al Fiscal y a las partes conocer pues suficientemente el planteamiento realizado por el órgano judicial, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él, por lo que se ha dado cumplimiento a las exigencias previstas por el citado artículo 35.2 LOTC.

Debe entenderse asimismo cumplido el juicio de aplicabilidad y relevancia, pues el órgano promotor ha justificado que el artículo 30 de la Ley 19/1998, es el precepto que fue efectivamente aplicado en el proceso a quo para integrar el tipo sancionatorio, por lo que de su validez o invalidez depende la solución que haya de darse en dicho proceso.

Por otro lado, y como este Tribunal ha tenido ocasión de advertir en repetidas ocasiones, el concepto de cuestión notoriamente infundada encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad. Existen supuestos en los que un examen preliminar permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad trasladada por el órgano judicial, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en esta primera fase procesal (por todos, AATC 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3; 71/2008, de 26 de febrero, FJ 2; 256 32/2009, de 27 de enero, FJ 3; 37/2015, de 17 de febrero, FJ 2; 145/2016, de 19 de julio, FJ 3, y 176/2016, de 18 de octubre, FJ 2).

En el presente caso, la cuestión de inconstitucionalidad planteada ha de considerarse notoriamente infundada en el sentido indicado, por las razones que se exponen a continuación.

3. El análisis que se nos demanda exige, como paso previo, acotar con precisión el objeto de nuestro enjuiciamiento, pues aunque el Auto de planteamiento efectúa una serie de consideraciones generales sobre la publicidad de los medicamentos, productos o servicios farmacéuticos, no es ésta la cuestión que ha de resolverse en el presente proceso, dado que lo que se dirime en el mismo es la imposición de una sanción administrativa por incumplimiento de la obligación de no publicitar la oficina de farmacia, que es lo que realmente contempla el artículo 30 de la Ley 19/1998. Nuestro objeto ha de circunscribirse pues a determinar si el inciso acotado, que constituye el núcleo de la duda constitucional («Fuera del letrero y placa referenciados, no se permitirá publicidad alguna a las oficinas de farmacia»), y que se contiene en el párrafo tercero del citado artículo 30, es o no contrario a lo dispuesto con carácter básico en el artículo 44 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias y, en consecuencia vulnera las competencias atribuidas al Estado en el artículo 149.1.1 y 16 CE.

Así delimitada, la presente cuestión de inconstitucionalidad tiene un carácter netamente competencial, dado que lo que se alega es la concurrencia de un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta, y sobrevenida. Inconstitucionalidad mediata o indirecta porque la norma autonómica no vulnera directamente la Constitución, sino que lo hace de manera secundaria o derivada, por infringir una norma de rango infraconstitucional, dictada por el Estado en el ejercicio de las competencias básicas que le atribuye el artículo 149.1.1 y 16 CE; y sobrevenida, por cuanto la disposición autonómica habría devenido inconstitucional, al haber sido regulada posteriormente la cuestión por el Estado, en ejercicio de las citadas competencias exclusivas.

En supuestos como el presente, «debemos aplicar el método que este Tribunal viene utilizando para resolver las controversias de inconstitucionalidad mediata. Así pues, tras identificar la materia en la que se inscriben los preceptos impugnados y determinar los títulos competenciales más específicos que asisten al Estado y a la Comunidad Autónoma, analizaremos si el/los preceptos de la ley estatal que se invocan como ley de contraste son formal y materialmente básicos, para, finalmente, concluir sobre la contradicción enunciada» (STC 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 2).

4. El examen de la cuestión controvertida ha de iniciarse, pues, por el análisis de la delimitación de competencias, estatales y autonómicas, en relación a la publicidad de las oficinas de farmacia.

Una reiterada doctrina constitucional (entre otras, SSTC 32/1983, de 28 de abril; 80/1984, de 20 de julio; 109/2003, de 5 de julio; 137/2013, de 6 de junio, y 181/2014, de 6 de noviembre) ha venido afirmando que la competencia estatal en relación con las oficinas de farmacia deriva de lo dispuesto en el artículo 149.1.16 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de «bases y coordinación general de la sanidad». En la STC 137/2013, FJ 3, y por remisión a lo señalado en la STC 109/2003, afirmamos que la configuración de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios lleva al encuadramiento competencial de las normas que regulen su régimen jurídico, en la materia regida por el artículo 149.1.16 CE. Ello implica que «la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal, en cuanto se trata de establecer las características en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia [STC 32/1983] se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados» (STC 80/1984, FJ 1). Esta misma doctrina se reitera también en la STC 181/2014, FJ 2.

Por lo que respecta a las competencias autonómicas, el artículo 27.4 y 12 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, atribuye a ésta la competencia de desarrollo legislativo, incluida la potestad reglamentaria y la ejecución, en materia de sanidad e higiene, así como en materia de ordenación farmacéutica y establecimientos farmacéuticos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.16 CE.

La legislación básica estatal en relación con las oficinas de farmacia se contiene, fundamentalmente, en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia, dictada al amparo de los títulos del artículo 149.1.1 y 16 CE. En su artículo 1, y siguiendo lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, define las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas. Y la Ley general de sanidad en su artículo 30.1 contempla asimismo que «todos los centros y establecimientos sanitarios, así como las actividades de promoción y publicidad, estarán sometidos a la inspección y control por las Administraciones sanitarias competentes».

5. La STC 181/2014, FJ 2, recuerda que, según la exposición de motivos de la Ley 16/1997, la actividad farmacéutica es «una actividad regulada en razón de la garantía sanitaria, y no liberalizada, pues su ejercicio está sometido a planificación, mediante la limitación del número de establecimientos farmacéuticos en función de criterios de población y distancias (art. 2), con la que se pretende asegurar la prestación del servicio a toda la población». Es por ello –se añade– que, en este ámbito «la libertad de empresa está obligada a convivir con las limitaciones o restricciones que legalmente se le impongan, por la incidencia que tiene el interés público en la actividad que realizan ... que, en este caso es la sanidad».

Entre tales restricciones, no cabe duda que se encuentra la referida a la autorización administrativa exigible para la apertura de nuevas oficinas de farmacia, en cuanto constituye un requisito básico de funcionamiento y organización del establecimiento sanitario (STC 161/2011, de 19 de octubre, FJ 3); y lo mismo cabe decir respecto de la transmisibilidad de las oficinas de farmacia (STC 109/2003, FJ 8). En palabras de nuestra doctrina, «los distintos modelos de organización que derivan de las distintas formas que puede asumir la libertad de empresa en este ámbito, inciden sobre el modo y forma en que los establecimientos privados sirven al interés público, de modo que cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de empresa, estaremos indudablemente ante una materia propia de las bases, siendo la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia uno de esos elementos estructurales» (STC 181/2014, FJ 2). La publicidad de las oficinas de farmacia no es objeto así de regulación por la legislación básica estatal, ni resulta posible entender que forme parte de los denominados «elementos estructurales» básicos, de la ordenación farmacéutica.

Es por ello por lo que la prohibición expresa de publicidad de las oficinas de farmacia ha sido incorporada a la normativa específica de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación farmacéutica (art. 9 de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de ordenación farmacéutica de Canarias; art. 4 del Decreto 107/2008, de 15 de mayo, por el que se regula la señalización, información y publicidad de las oficinas de farmacia de Galicia; art. 43 del Decreto 44/1998, de 16 de julio, por el que se regula el régimen de atención al público o publicidad de las oficinas de farmacia de la Comunidad de Murcia; art. 19.2 de la Ley 6/2006, de 9 de noviembre, de farmacia de Extremadura; y art. 6.2 de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de atención y ordenación farmacéutica del Principado de Asturias).

6. Reconocida la competencia de la Comunidad Autónoma para regular la publicidad de los establecimientos farmacéuticos, corresponde examinar si la norma estatal cuya infracción se alega es, en el doble sentido material y formal, una norma básica, y por tanto dictada legítimamente por el Estado al amparo del correspondiente título competencial; y si, en segundo lugar, la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, es efectiva e insalvable por vía interpretativa (por todas STC 109/2017, FJ 2).

El artículo 44 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, alegado como norma estatal de «contraste», es formalmente básico, dado su rango y el tenor de lo dispuesto en su disposición final primera, en la que se afirma que la ley se aprueba de acuerdo con las competencias exclusivas que asigna al Estado el artículo 149.1.1 y 16 CE, y que sus preceptos son bases de la sanidad. Tiene asimismo carácter básico desde una perspectiva material, dada la estrecha vinculación que cabe apreciar entre el derecho a la protección de la salud en el ámbito del sistema sanitario, tanto público como privado, y la regulación del ejercicio de las profesiones sanitarias, en la medida en que dicho ejercicio profesional contribuye de forma esencial al adecuado funcionamiento y a la calidad de la atención sanitaria prestada a la población, así como a la eficaz prestación de los servicios sanitarios.

Confirmado el carácter básico de la norma estatal, procede analizar ahora si el precepto autonómico impugnado entra en contradicción con el artículo 44 de la Ley 44/2003, que dispone literalmente lo siguiente:

«Art. 44. *Publicidad del ejercicio profesional privado.*

1. La publicidad de los servicios y prestaciones ofrecidos al público por los profesionales sanitarios deberá respetar rigurosamente la base científica de las actividades y prescripciones, y será objetiva, prudente y veraz, de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados.

2. Los profesionales sanitarios podrán facilitar a los medios de comunicación, o expresar directamente ellos, informaciones sobre sus actividades profesionales, siempre que la información facilitada sea verídica, discreta, prudente y se manifieste de manera fácilmente comprensible para el colectivo social al que se dirige.

3. No podrán ser objeto de publicidad las actividades o productos sanitarios no autorizados, o sobre los que no existe evidencia de sus efectos beneficiosos para el ser humano, quedando prohibida la publicidad de productos y servicios de carácter creencial y de los productos-milagro.

4. El incumplimiento y, en su caso, la sanción que corresponda, de lo dispuesto en los apartados anteriores, se exigirá de acuerdo con la Ley 14/1986, General de Sanidad y, en lo que sean de aplicación, las Leyes 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y 34/1988, General de Publicidad.»

La mera lectura del precepto pone nítidamente de manifiesto que el mismo contiene una regulación de contenido ajeno a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 19/1998, de ordenación y atención farmacéutica de la Comunidad de Madrid, es decir, referida a objetos diferentes y perfectamente distinguibles de los contemplados en el precepto autonómico, por lo que no es factible la existencia de colisión entre ambas normativas.

El artículo 44 de la Ley 44/2003 regula así la actuación de los profesionales sanitarios; en concreto, la publicidad de los servicios y prestaciones ofrecidos al público por estos profesionales (apartado primero); la información que pueden suministrar sobre su actividad profesional (apartado segundo); y la prohibición de publicidad de determinados productos o servicios sanitarios (apartado tercero). Y la norma autonómica regula claramente la publicidad de las oficinas o establecimientos de farmacia, a través de medios añadidos al cartel y a la placa identificativa del titular del establecimiento. Los contenidos de ambos preceptos evidencian, por contra, que no existe contradicción regulativa posible entre ambas disposiciones, pues una cosa es la publicidad de los establecimientos de farmacia, y otra la publicidad del ejercicio profesional privado, o la publicidad de determinados productos o medicamentos.

En consecuencia, el artículo 44 de la Ley 44/2003 no constituye parámetro válido de contraste de lo dispuesto en el precepto autonómico, al no existir confluencia o coincidencia entre los objetos reguladores de ambas normas, ni, por lo tanto posibilidad de contradicción efectiva entre ellas, lo que determina el carácter infundado de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a siete de febrero de dos mil dieciocho.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narvárez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Firmado y rubricado.