

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**7621** *Sala Primera. Sentencia 87/2009, de 20 de abril de 2009. Cuestión de inconstitucionalidad 2900-2000. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes para el ejercicio de 1999. Competencias sobre régimen estatutario de los funcionarios públicos y principio de igualdad: régimen básico estatal sobre incompatibilidades de los funcionarios públicos, ordenación de establecimientos farmacéuticos y desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene; diferente trato legal a los funcionarios interinos, con respecto a quienes ostentaban plaza de farmacéutico titular en propiedad, que está justificado.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2900-2000, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en relación con la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999, por posible vulneración de los arts. 149.1.18 y 14 CE. Han formulado alegaciones el Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y el Gobierno y el Parlamento de Canarias. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria registrado el 22 de mayo de 2000, fue remitido a este Tribunal el Auto del mismo órgano judicial de 2 de febrero de 2000 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999, por posible vulneración de los arts. 149.1.18 y 14 CE.

2. Los hechos de los que trae causa la citada cuestión de inconstitucionalidad son, en síntesis, los siguientes:

a) El 29 de julio de 1999 doña María Asunción Lentisco Puche, farmacéutica titular de una oficina de farmacia sita en el municipio de Haría (Lanzarote), interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 15 de marzo de 1999 de la Dirección General de la Función Pública del Gobierno de Canarias que, en aplicación de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley 2/1999, de 4 de febrero, de

medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad de Canarias para el ejercicio de 1999, desestimó la petición de la recurrente de mantener el mismo régimen retributivo anterior manteniéndole en su condición de funcionaria interina con la aplicación del mismo régimen jurídico que a los funcionarios de carrera y declaró extinguida su vinculación a la Administración autonómica como funcionaria farmacéutica interina.

b) Concluidas las actuaciones, mediante providencia de 25 de noviembre de 1999, el Juzgado suspendió el plazo para dictar sentencia, de acuerdo con el art. 35.2 LOTC, concediendo a las partes diez días para alegar lo que estimaran oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión inconstitucionalidad sobre la mencionada disposición transitoria primera de la Ley 2/1999 de la Comunidad Autónoma.

c) La actora dio por reproducidos argumentos ya desarrollados en la demanda y en un posterior escrito de 29 de octubre a favor del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. La representación de la Administración demandada se opuso al planteamiento de la cuestión. El Ministerio Fiscal estimó pertinente el planteamiento de la cuestión por entender que la disposición cuestionada podría ser contraria a la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.18 CE.

3. El órgano judicial dictó Auto de planteamiento el día 2 de febrero de 2000 en el que, resumidamente, expone lo siguiente:

En primer lugar, señala la relevancia de la norma para la resolución del caso, habida cuenta que el fallo depende de la validez de la disposición transitoria primera, apartado tres, de la Ley de Canarias 2/1999. En este sentido, tras cita de la doctrina contenida en las SSTC 149/1991 (en realidad 151/1992) y 60/1993 –relativas ambas a la posibilidad de apreciar la inconstitucionalidad de disposiciones autonómicas vulneradoras de la normativa básica estatal–, señala el carácter básico de la normativa estatal sobre incompatibilidades, de acuerdo con lo resuelto en la STC 178/1989, considerando como normas básicas estatales que pudieran ser vulneradas la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como el art. 12.2 de esta misma Ley, preceptos ambos declarados básicos por la disposición final primera de la propia Ley 53/1984. Según la citada disposición transitoria sexta, lo establecido en el art. 12.2 de la mencionada Ley 53/1984 (a cuyo tenor las actividades privadas correspondientes a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en la Administración sólo pueden autorizarse cuando la actividad pública sea de prestación a tiempo parcial) no será de aplicación a los farmacéuticos titulares obligados a tener oficina de farmacia abierta en la propia localidad en la que ejercen su función. De acuerdo con ello, el Auto de planteamiento concluye que la disposición transitoria primera de la Ley de Canarias 2/1999, al obligar a los interinos a optar entre el ejercicio de la función pública y el ejercicio libre de su profesión como titulares de una oficina de farmacia, ignora la excepción contenida en la disposición transitoria sexta de la propia Ley 53/1984, que tiene carácter básico en virtud de la disposición final primera de la misma Ley.

Asimismo, el órgano judicial entiende que el precepto que cuestiona establece una consecuencia jurídica distinta para la incompatibilidad sobrevenida de los funcionarios de carrera y de los interinos. De este modo, mientras los funcionarios de carrera pueden optar por el nuevo régimen o mantener la situación de compatibilidad, los funcionarios interinos han de elegir entre cerrar su oficina de farmacia o cesar en su relación funcional con la Administración autonómica de Canarias. Tal diferenciación la entiende carente de justificación razonable sin que esté amparada por razones objetivas y legítimas ni resulte proporcionada con el fin que se persigue, por lo que se reputa contraria al art. 14 CE.

4. Por providencia de la Sección Primera del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2000 se acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, expusiera lo que considerará conveniente sobre la admisibilidad de la presente cuestión. Evacuado el citado trámite por el Ministerio Fiscal, por nuevo proveído de la Sección

Primera del Tribunal Constitucional, de 16 de enero de 2001, se acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones, conforme dispone el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado así como al Parlamento y al Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. También se acordó publicar la incoación de la cuestión en los Boletines Oficiales del Estado y de Canarias.

5. El Vicepresidente Primero del Senado, mediante escrito registrado el día 31 de enero de 2001, comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el proceso, ofreciendo su colaboración. El día 7 de febrero de 2001 la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó al Tribunal Constitucional que dicha Cámara no se personaría en el proceso ni formularía alegaciones.

6. El 8 de febrero de 2001 el Abogado del Estado formuló su escrito de alegaciones interesando la estimación de la cuestión planteada.

Comienza indicando que el objeto de la cuestión es el mismo que el de las núms. 5516-2000 y 5517-2000, restringiéndose, atendiendo al objeto del proceso contencioso-administrativo y al contenido del propio Auto de planteamiento, exclusivamente al apartado 3 de la disposición transitoria cuestionada, relativo a los funcionarios interinos. Tras ello alega que los preceptos legales de la Ley estatal de incompatibilidades que se entienden infringidos han de considerarse básicos, no solo desde la perspectiva formal, por disponerlo así la disposición final primera de la Ley 53/1984, sino también desde un punto de vista material, por cuanto el art. 2.2 delimita el ámbito subjetivo de la Ley 53/1984, el art. 12.2 establece límites al reconocimiento de la compatibilidad con actividades privadas y la disposición transitoria sexta ha de reputarse básica en cuanto contiene una excepción a lo dispuesto en el art. 12.2, delimitando así el ámbito de aplicación de este último precepto.

A renglón seguido argumenta que la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984 opera en un supuesto muy preciso cual es de los farmacéuticos titulares —funcionarios— que vienen obligados a tener oficina abierta en la localidad donde ejercen su función, de lo que se sigue que si el funcionario está obligado a mantener oficina de farmacia abierta resultaría absurdo que se le pudiera aplicar lo dispuesto en la Ley 53/1984. En tal sentido hace referencia a lo dispuesto en diversos preceptos del Reglamento de personal de los servicios sanitarios locales de 27 de noviembre de 1953 así como en el Real Decreto 1711/1980, de 31 de julio, sobre los que cita jurisprudencia del Tribunal Supremo, y defiende que los mismos tienen por finalidad hacer efectiva la apertura de oficina de farmacia por los farmacéuticos titulares, tenencia de oficina que se consideraba como mérito preferente para la provisión interina de vacantes de plazas de esa naturaleza.

Seguidamente, indica que el supuesto de hecho al que se refiere la disposición cuestionada coincide con el de la norma básica estatal puesto que comprende a todos los funcionarios interinos farmacéuticos mencionados en el art. 18 de la Ley canaria 2/1999 y los obliga a cesar en su actividad privada si no quieren perder la condición de funcionario interino. Esta circunstancia determina la existencia de una clara contradicción entre el precepto estatal básico y el autonómico, pues este último no respeta la posibilidad de compatibilizar la condición de funcionario farmacéutico titular y la actividad privada farmacéutica al obligar a los interinos a que cesen en una de las actividades declaradas compatibles por la norma estatal. De esta forma se vulnera el art. 149.1.18 CE, norma constitucional que ampara lo establecido en la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984, sin que quepa entender que el apartado cuestionado se encuadre en la competencia canaria exclusiva sobre la ordenación de establecimientos farmacéuticos pues la incompatibilidad que se deriva de la misma es una clara norma de derecho de funcionarios, tanto por la materia, al establecer una rigurosa incompatibilidad funcional, como por el fin, al pretender eliminar de la función pública activa a los interinos que sean al mismo tiempo propietarios de una oficina de farmacia.

Con respecto al art. 14 CE estima que también cabría entender vulnerado este precepto constitucional pues, a pesar de las diferencias de régimen jurídico de los funcionarios de

carrera y de los interinos, no se encuentra justificación razonable para el trato diferenciado que reciben los funcionarios interinos en quienes concurre la condición de propietarios de oficina de farmacia.

7. La Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en la representación que legalmente ostenta, evacuó el trámite de alegaciones conferido el día 8 de febrero de 2001, solicitando la desestimación de la cuestión.

Tras afirmar la plena constitucionalidad de la disposición autonómica cuestionada señala que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad ha de restringirse al apartado tres de la disposición transitoria primera de la Ley canaria 2/1999, relativo a los funcionarios farmacéuticos interinos, puesto que, a la vista de las circunstancias del caso concreto, solamente sobre éste apartado resulta necesario el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. A continuación alega que la norma estatal que se reputa vulnerada, la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, ha sido tácitamente derogada por haber desaparecido el presupuesto que permitía su aplicación. En tal sentido indica que se trata de una norma de derecho transitorio cuya interpretación literal y finalista lleva a que, dada la obligación de abrir una farmacia que impone a los titulares farmacéuticos que no la tuvieran en la localidad en la que ejercen su función pública, no pueda ser considerada como integrante del régimen de incompatibilidades ni de las bases del régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas sino, por el contrario, de la ordenación de la sanidad, por lo que resulta ser disponible por la Comunidad Autónoma de Canarias. Sentado lo anterior afirma la inexistencia de la obligación de abrir una farmacia por los titulares farmacéuticos a los que se refiere la disposición controvertida que realizan, de acuerdo con el art. 18 de la Ley de Canarias 2/1999, funciones inspectoras y están adscritos al área de salud correspondiente. Esa falta de obligatoriedad se derivaría de la modificación del régimen jurídico aplicable a las oficinas de farmacia producido tanto por normas estatales, de las que cita la Ley 14/1986, de 26 de abril, general de sanidad (art. 103); 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento (art. 88.1) y 16/1997, de 25 de abril, de regulación de las oficinas de farmacia (art. 5.1) como por las propias normas autonómicas, en concreto el Decreto 258/1997, de 16 de octubre, el cual, al amparo de las competencias autonómicas en materia de sanidad y ordenación de los servicios farmacéuticos, desarrolla la previsión contenida en el citado art. 5.1 de la Ley 16/1997 sobre la obligada presencia física del farmacéutico en la dispensación de medicamentos. Desaparecida, por tanto, la vinculación entre la oficina de farmacia abierta y el desempeño de la función pública en la misma localidad falta el presupuesto jurídico establecido para la aplicación de la excepción prevista en la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984.

En segundo lugar, la Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias alega que la obligación de mantener una farmacia abierta al público, derivada de la aplicación del Real Decreto 1711/1980, de 31 de julio, en relación con el Reglamento de personal de los servicios sanitarios locales, de 27 de noviembre de 1953, ha desaparecido tras las reformas del sistema sanitario derivadas de las Leyes 14/1986, 25/1990 y 16/1997, de 25 de abril, de regulación de las oficinas de farmacia, reformas que se han visto culminadas con la aprobación de la normativa propia de las Comunidades Autónomas que crean los servicios de salud de las mismas, lo que ha dejado completamente obsoletas las funciones asignadas a los farmacéuticos titulares en el Reglamento de 1953.

En tercer lugar, indica que la Comunidad Autónoma, en ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad, exclusiva en materia de ordenación de establecimientos farmacéuticos y de desarrollo legislativo del régimen estatutario de los funcionarios públicos, ha regulado las causas de cese de los funcionarios interinos que estén adscritos a unos puestos de trabajo concretos, los de Técnicos Inspectores de la Salud Pública, con funciones inspectoras y adscripción al área de salud correspondiente. En este sentido la causa de cese prevista en el apartado tres de la disposición transitoria primera de la Ley canaria 2/1999, ha de considerarse un mero efecto directo del deber de permanencia del titular de la farmacia en el horario mínimo de dispensación o apertura de la oficina de farmacia, limitándose el legislador autonómico a regular la resolución del vínculo temporal de interinidad. Esa decisión no quebranta el

art.14 CE puesto que la apreciación de tal quebrantamiento no puede basarse en la simple constatación de una causa de extinción de la relación funcional interina que no existe en el caso de la relación funcional de carrera, dado que ambas categorías son distintas y tienen características propias y diferenciadas, lo que justifica que tales diferencias puedan ser tomadas en cuenta por el legislador para fijar las causas de cese correspondientes a cada una de las categorías funcionariales.

8. Mediante escrito registrado el día 9 de febrero de 2001, el Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido en los términos siguientes:

Tras la exposición de los antecedentes del caso *a quo*, señala que el Auto de planteamiento circunscribe la duda de constitucionalidad al apartado tres de la disposición transitoria primera de la Ley canaria 2/1999 en la consideración de que el mismo desconoce el régimen excepcional de compatibilidad derivado de la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. A partir de esa apreciación, el Fiscal General del Estado se detiene en analizar el sentido y finalidad del régimen de incompatibilidades establecido por el legislador básico estatal, recalcando que el art. 12.2 de la Ley 53/1984, al establecer el requisito de la previa autorización administrativa para el ejercicio simultáneo de la actividad privada con la función pública, pretende dar cumplimiento al mandato del art. 103.3 CE para así garantizar la imparcialidad en el desempeño de las funciones públicas así como la eficacia de su ejercicio. De acuerdo con ello, la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984 hallaría su cabal sentido, a juicio del Ministerio público, si afirmamos que la simultaneidad en el desempeño de la función pública como empleado al servicio de una administración sanitaria y el ejercicio de la actividad privada como titular de la oficina de farmacia solo quedará excluido cuando el funcionario estuviere «obligado» a tener oficina de farmacia abierta en la propia localidad donde ejerce su función. Por tanto, señala el Fiscal General, la excepción se refiere no a todos los funcionarios con titulación farmacéutica, sino únicamente a aquellos a los que se hubiere obligado a tener oficina de farmacia abierta en la propia localidad en la que ejercían su función al tiempo de entrar en vigor la Ley 53/1984.

A continuación recalca que la norma cuestionada ha de ponerse en relación con el art. 18 de la misma Ley canaria 2/1999, precepto que acomete, con clara vocación organizadora, la regulación de la ordenación y el nuevo régimen retributivo de los puestos de trabajo adscritos a los funcionarios farmacéuticos del Servicio Canario de Salud. En segundo término, indica que el derecho de opción que la disposición transitoria primera de la Ley canaria 2/1999 reconoce lo es solamente para aquellos que, por exigencias de la propia función pública que desempeñaban, venían obligados a tener abierta en la localidad de destino una oficina de farmacia, excluyendo de esa posibilidad de optar a aquellos en los que no fuera obligatorio el mantenimiento de la misma. De acuerdo con ello, el Fiscal General estima que la norma cuestionada no pretende establecer un nuevo sistema de incompatibilidades dado que únicamente reconoce derecho de opción a quienes estuvieran excluidos de incompatibilidad conforme a la Ley estatal, por estar obligados a tener oficina de farmacia abierta en la localidad de destino.

En otro orden de cuestiones, el Fiscal General alega que la finalidad o sentido de la norma cuestionada no es otra que la ordenación del servicio sanitario de Canarias teniendo en cuenta la competencia exclusiva autonómica para la ordenación de establecimientos farmacéuticos así como lo dispuesto en la Ley estatal 16/1997, de 25 de abril, que exige inexcusablemente la presencia física del farmacéutico para la dispensación al público de medicamentos, normativa que ha sido desarrollada por el Decreto autonómico 258/1997, de 16 de octubre. Continúa señalando que es evidente que la Comunidad Autónoma ha procedido a reordenar un aspecto esencial para el servicio público de salud como es el de la dispensación de las especialidades farmacéuticas, reordenado no sólo las oficinas de farmacia sino, al mismo tiempo, los cuerpos de funcionarios especializados en dicha área farmacéutica, lo que ha exigido, por mor del respeto a las situaciones jurídicas consolidadas y a los derechos adquiridos, una previsión legislativa que aludiera a quienes vienen desempeñando los puestos de trabajo objeto de ordenación.

Por todo ello, concluye que la planteada vulneración del art. 149.1.18 CE carece de fundamento.

Respecto a la vulneración del principio de igualdad ante la ley estima que la Comunidad Autónoma ha procedido a organizar sus servicios públicos en el ámbito sanitario sin que tampoco pueda resultar ajeno el diferente status jurídico que, en el ámbito de la función pública, tienen los funcionarios de carrera y los interinos. Estos últimos presentan unas características diferenciadas de las de los funcionarios de carrera que se traducen en que no se vulnere el principio de igualdad por la existencia de una previsión normativa que pretende asegurar que quiénes, sin ser funcionarios de carrera, desempeñan temporalmente el puesto de trabajo, lo hagan con dedicación exclusiva a la función pública que el mismo representa.

9. El Letrado-Secretario General del Parlamento de Canarias presentó sus alegaciones el día 10 de febrero de 2001 en los términos que, sintéticamente, se exponen a continuación:

En cuanto a la vulneración de la normativa básica estatal sobre incompatibilidades indica que la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984, tiene un carácter esencialmente provisional, entendida como una mera exención transitoria y excepcional, y como tal no permanente, de la prohibición general, enunciada en el art. 12.2 de la misma Ley, de simultanear dos actividades, una pública y otra privada, con una dedicación que acumuladamente supere la jornada ordinaria de trabajo. Para esta parte procesal es meridiano que la situación contemplada en la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984 se mantendría hasta tanto se reestructuran las funciones de los farmacéuticos titulares como resultado de la implantación de las nuevas estructuras sanitarias que surgen del modelo de sistema nacional de salud derivado de lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad. En relación con ello indica que la subsistencia o desaparición de la obligación de disponer de oficina de farmacia que incumbe a los farmacéuticos titulares será producto del ejercicio de las competencias autonómicas en materia de sanidad, ordenación farmacéutica o de regulación del régimen estatutario de sus funcionarios públicos. De este modo lo que ocurrirá es que, si desaparece la obligación, la norma estatal básica quedará sin aplicación por inexistencia del supuesto fáctico del que partía.

Por otra parte, el Letrado-Secretario General del Parlamento de Canarias señala que no existe impedimento alguno para que la Comunidad Autónoma suprima la obligación y el derecho a que los farmacéuticos titulares dispongan de farmacia, optando por incompatibilizar el desempeño de estos puestos, mediante la asignación a los mismos de los correspondientes complementos de destino y específico, con cualquier otra actividad pública y privada a la vista de la desaparición, tras la implantación del Sistema Nacional de Salud, de las causas determinantes de aquel deber-derecho.

Por último, analiza la cuestión de si el diferente trato dispensado a los funcionarios en propiedad y a los interinos supone una discriminación carente de justificación y, por ende, atentatoria del derecho a la igualdad ante la ley del art. 14 CE. En tal sentido señala que la situación de ambos no es idéntica, al carecer la vinculación de los interinos del elemento de permanencia característico de los funcionarios de carrera, extremo que justifica el establecimiento de un distinto régimen jurídico, puesto que mientras que para los funcionarios de carrera la pérdida de dicha condición supondría la desaparición del título habilitante para la tenencia de la farmacia para el caso de los interinos su remoción no supone naturalmente la pérdida de la farmacia pues precisamente la tenencia de oficina de farmacia era un mérito y requisito para el posterior nombramiento como funcionario interino. Por tanto lo que hace la disposición transitoria primera de la Ley 2/1999 es, habida cuenta de la distinta naturaleza de la vinculación, distinguir, una vez constatada la incompatibilidad, diferentes consecuencias para uno y otro.

10. El Pleno de este Tribunal, mediante providencia de 16 de marzo de 2009 acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.c) LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir el conocimiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad a la Sala Primera, a la que, por turno objetivo, le ha correspondido.

11. Por providencia de 20 de abril de 2009 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria cuestiona la constitucionalidad del apartado tres de la disposición transitoria primera de la Ley de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999, por posible vulneración de los arts. 14 y 149.1.18 CE.

El precepto del que el apartado cuestionado forma parte tiene la siguiente redacción:

«1. Los funcionarios de carrera farmacéuticos en servicio activo a los que se refiere el artículo 18 de esta Ley, que sean propietarios de Oficina de Farmacia y no estén incurso en incompatibilidad, podrán optar por mantener su anterior régimen retributivo u optar por el nuevo régimen retributivo, con las incompatibilidades que de éste deriven. Si no ejercitan dicha opción en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley, se entenderá que optan por permanecer con el anterior régimen retributivo.

2. Los funcionarios en situación de excedencia pertenecientes al Cuerpo indicado en el apartado anterior, que pudieran reingresar en puestos de trabajo de los regulados en el artículo señalado en el referido apartado, lo harán con sujeción al régimen retributivo y de compatibilidad establecido para dichos puestos de trabajo.

3. Los funcionarios interinos farmacéuticos a los que se refiere el artículo 18 de esta Ley, que sean propietarios de Oficina de Farmacia, deberán acreditar el cese en dicha actividad, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. En caso contrario cesarán en su condición de funcionarios interinos. Durante el señalado plazo les será de aplicación el anterior régimen retributivo.»

El órgano judicial que plantea la cuestión considera que el transcrito apartado tres de la disposición transitoria primera vulnera el régimen básico estatal en materia de incompatibilidades de los funcionarios públicos establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas así como el art. 14 CE. En concreto entiende vulnerado su art. 12.2 así como, en especial, la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984, preceptos ambos declarados básicos, ex art. 149.1.18 CE, por la disposición final primera del citado texto legal. El art. 12.2 fija el criterio de que «Las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas en esta Ley como de prestación a tiempo parcial». Por su parte la disposición transitoria sexta de la propia norma estatal de incompatibilidades establece una excepción a la regla general antes enunciada en cuya virtud: «Lo previsto en el artículo 12.2 de esta Ley no será de aplicación a los Farmacéuticos titulares obligados a tener oficina de farmacia abierta en la propia localidad en que ejercen su función». En segundo lugar plantea la posible incompatibilidad de lo dispuesto por el precepto autonómico con el art. 14 CE, por cuanto estima que la diferencia de trato que el mismo otorga a los funcionarios interinos respecto a los de carrera carecería de una justificación objetiva y razonable.

2. Así expuesta la duda del órgano judicial deberemos responder, en primer lugar, a la cuestión de si el precepto cuestionado de la Ley canaria 2/1999 ha respetado la normativa estatal básica en materia de incompatibilidades, específicamente lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984 o, por el contrario, ha de considerarse que el mismo no se ajusta a tal normativa básica estatal resultando, por dicha razón, vulnerador del orden constitucional de distribución de competencias. Esta eventual apreciación de la infracción de la normativa básica determinaría que nos encontraríamos ante un supuesto de lo que hemos

denominado (por todas, STC 166/2002, de 18 de septiembre, FJ 3) inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, dado que la normativa autonómica será contraria al orden de distribución de competencias precisamente por infringir la normativa estatal básica. Ahora bien, para que dicha vulneración exista será necesario que, como declaró la STC 151/1992, de 19 de octubre (FJ 1), concurren dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado, así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

La adecuada respuesta a las dudas de constitucionalidad planteadas por el órgano judicial hace necesario determinar, en primer lugar, cuál sea el alcance de la normativa básica estatal que se reputa vulnerada en el presente proceso, esto es, la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984, teniendo en cuenta que la misma, para poder ser considerada básica, ha de cumplir determinadas exigencias de índole material y formal. En cuanto a estas últimas, ninguna consideración cabe realizar dado que el carácter básico de la citada disposición transitoria sexta se proclama expresamente en la disposición final primera de la citada Ley 53/1984.

Desde una perspectiva material, recordaremos que, si bien con carácter general y sin que ello prejuzgue la valoración que realicemos de las normas en litigio en el presente proceso, la STC 178/1989, de 2 de noviembre, ya sentó el criterio en cuya virtud y tal como fue recogido luego en la STC 172/1996, de 31 de octubre, «el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas es básico en cuanto expresión de un principio estructural organizativo que se proyecta sobre el sector público en su conjunto». Sin embargo, tal valoración global no nos exime de un examen más detallado de la norma estatal básica, en particular desde la perspectiva de la eventual contradicción del mismo con el precepto autonómico cuestionado en el proceso *a quo*.

Para cumplir con esa tarea debemos analizar la configuración sustantiva de la excepción a las situaciones de incompatibilidad que se deriva del tenor literal de la disposición transitoria sexta de la Ley 45/1985, teniendo en cuenta lo que, en esa misma STC 172/1996, se señala en relación con la legislación estatal sobre incompatibilidades que:

«Ciertamente, esa técnica de articulación competencial construida sobre la distinción entre lo básico y su desarrollo, en una determinada materia, exige ante todo, con carácter primordial, el absoluto respeto de lo primero por parte de lo segundo. El legislador autonómico, en otras palabras, debe en tales supuestos respetar escrupulosamente las normas básicas dictadas por el Estado. Ahora bien, ese respeto no significa reverencia a lo literal, pues también en el caso de las normas básicas ha de extraerse su sentido y alcance del contexto sistemático y de su finalidad. Esto que es así para el Juez, es válido también para el legislador. En definitiva, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar la legislación básica en función de sus características y, entre ellas, la estructura de sus propias Administraciones y el diseño de la función pública que las sirvan, así como la materia o sector de la actividad administrativa donde se producen.» (STC 172/1996, de 31 de octubre, FJ 6).

3. Con arreglo a tales criterios, podemos comenzar ya el análisis del precepto estatal, señalando que el mismo responde a una concreta finalidad, excepcionar a determinados funcionarios, los farmacéuticos titulares, de la incompatibilidad derivada del art. 12.2 de la propia Ley 53/1984, relativo a la fijación de los límites máximos de jornada que puede dedicarse a la actividad privada, en relación con la farmacia abierta con motivo del ejercicio de su función como tales. Esta excepción encuentra su fundamento en la concurrencia que, en el momento de promulgarse la legislación estatal sobre incompatibilidades, se operaba en dichos titulados, los cuales ejercían al tiempo que funciones privadas, las públicas propias de su cargo, lo que determinaba la obligación de disponer de oficina de farmacia abierta a fin de hacer posible el adecuado cumplimiento de éstas. Funciones relacionadas con la salud pública en el ámbito de las entidades locales encomendadas a los, en aquel momento, denominados Profesores Farmacéuticos Titulares, cuerpo de funcionarios del Estado al servicio de la sanidad local farmacéutico titular y enunciadas en el Reglamento de personal

de los servicios sanitarios locales, aprobado por Decreto de 27 de noviembre de 1953 (en esencia, despachar medicamentos para la beneficencia municipal, surtir de ellos a las casas de socorro o realizar análisis químicos y microbiológicos de alimentos y bebidas). De esta forma, es claro que, en la medida en que se considere subsistente y necesaria la vinculación entre el cumplimiento de las funciones públicas asignadas a estos farmacéuticos titulares y la obligación de mantener oficina de farmacia abierta en la localidad donde se ejercen las citadas funciones, podrá entenderse justificado el carácter materialmente básico de la excepción contenida en la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984. Ello es así por cuanto la compatibilidad mencionada ha sido anudada en el precepto estatal a un deber como es la posesión de la oficina de farmacia en razón de que la misma resultaba imprescindible para el cumplimiento de las funciones públicas vinculadas al puesto de farmacéutico titular. Así pues, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, la justificación de la excepción al régimen general de incompatibilidades derivado del art. 12.2 de la Ley 53/1984 establecido en la disposición transitoria sexta de la misma Ley descansaría, en última instancia, en las razones de interés público vinculadas a la realización de las funciones atribuidas a los farmacéuticos titulares para los cuales resultaba necesaria la disposición de la propia oficina de farmacia.

4. El alcance de la referida obligación ha de tener necesariamente presente lo dispuesto en el art. 43 CE en relación con el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud. En aplicación de dicho mandato constitucional la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, establece el Sistema Nacional de Salud constituido por el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, competentes para la ordenación de estos servicios de salud dentro del respeto a los criterios que, a tal efecto, se contienen en la norma estatal básica ex art. 149.1.16 CE y en el marco de lo dispuesto en el correspondiente Estatuto de Autonomía. En el concreto ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias la ordenación de los servicios de salud se llevó a efecto en virtud de lo dispuesto en la Ley de Canarias 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias.

Así, en el marco de lo dispuesto por la legislación básica estatal, corresponde a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias la adopción de las decisiones correspondientes a la gestión de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, entre las que se incluyen las de salud pública, entendidas como conjunto de iniciativas organizadas por la sociedad para preservar, proteger y promover la salud de la población, a través de actuaciones dirigidas, entre otras finalidades, a la información y vigilancia epidemiológica, la prevención de las enfermedades, la promoción de la seguridad alimentaria o la prevención y control de los efectos de los factores ambientales sobre la salud humana. Dichas prestaciones se regulan en la actualidad en los arts. 7.1, segundo párrafo, y 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Desde otra perspectiva, tampoco debemos olvidar que los establecimientos farmacéuticos han sido considerados por el legislador básico estatal como establecimientos sanitarios privados de interés público [art. 103.1.a) de la Ley general de sanidad y 2.6.a) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos], con las consecuencias que, de dicha calificación, se extraen de nuestra doctrina (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3), correspondiendo a las Comunidades Autónomas la planificación y ordenación de las oficinas de farmacia, atendiendo a los criterios fijados por la normativa básica estatal, para determinar, en aras del interés público sanitario, el modo y la forma en la que los establecimientos sanitarios privados sirven al mismo (al respecto, art. 30.31 del Estatuto de Autonomía de Canarias, que atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de ordenación de establecimientos farmacéuticos).

5. De las consideraciones anteriores podemos extraer ya una primera conclusión como es la relativa a que las funciones en su momento atribuidas a los farmacéuticos titulares en relación con la salud pública se encuentran directamente vinculadas a las competencias autonómicas que en materia de ordenación de establecimientos farmacéuticos y desarrollo legislativo y ejecución de las previsiones básicas del Estado en

materia de sanidad e higiene se proclaman en los arts. 31.31 y 32.10, respectivamente, del Estatuto de Autonomía de Canarias. Igualmente, la Comunidad Autónoma resulta ser competente (art. 32.6) para llevar a cabo el desarrollo legislativo del régimen estatutario de sus funcionarios públicos, en cuya virtud le corresponde adoptar las decisiones organizativas relacionadas con el personal destinado al ejercicio de las atribuciones autonómicas en las materias antes citadas. De acuerdo con ello, los farmacéuticos titulares pasaron a formar parte de la función pública de la Administración autonómica por mor de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado uno letra f), núm. 4 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la función pública de Canarias, integrándose en la escala de Titulados Sanitarios del Cuerpo Superior Facultativo, cuerpo creado por la disposición adicional primera de la misma norma y que comprende a los funcionarios de carrera cuya misión esencial es el ejercicio en favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de una profesión titulada (disposición adicional segunda de la Ley 2/1987).

De lo anterior se sigue como consecuencia que la situación contemplada en la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984, justificada por la obligación de disponer de oficina de farmacia para el ejercicio de determinadas funciones públicas, se mantendrá únicamente para el caso de que las funciones de los farmacéuticos titulares no se vean modificadas o reestructuradas como resultado de la implantación de las nuevas estructuras autonómicas de atención a la salud. No puede obviarse que la disposición transitoria sexta es una norma de derecho transitorio, la cual, por su propia naturaleza, es de vigencia temporal limitada, siquiera sea esta indeterminada, en la medida en que en este caso su pervivencia depende precisamente de la posibilidad de que el desempeño de las funciones que tradicionalmente venían asignadas a los farmacéuticos titulares puedan realizarse de una forma distinta en función de la decisión a tal efecto adoptada por quien ostenta competencia para ello. Para el caso de Canarias tal conclusión se ve ratificada por lo dispuesto en los arts. 33 a 36 del Real Decreto 2843/1979, de 7 de diciembre, de transferencia a la Junta de Canarias de competencias de la Administración del Estado en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, urbanismo, agricultura, turismo, Administración local, cultura y sanidad.

6. Con arreglo al criterio anteriormente expuesto, resulta perfectamente posible, desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias, que el legislador autonómico opte por la profesionalización y especialización del personal que presta estos servicios farmacéuticos, asignados con anterioridad a los farmacéuticos titulares en las condiciones establecidas en el Reglamento de 1953. Esa opción ya se avanzaba como criterio de planificación y ordenación farmacéutica por la Administración autonómica en el Decreto 258/1997, de 16 de octubre, y actualmente se contiene en la Ley canaria 4/2005, de 13 de julio, de ordenación farmacéutica. En el mismo sentido, el art. 18 de la Ley de Canarias 2/1999, al que remite el apartado cuestionado, expresa claramente la preferencia del legislador autonómico por asignar dichas tareas a determinados funcionarios del Cuerpo Superior Facultativo, Escala de Titulados Sanitarios, especialidades de Farmacia y de Veterinaria asistenciales, que, con la denominación de Técnicos Inspectores de Salud Pública, van a llevar a cabo labores de inspección, vigilancia y control para la protección de la salud pública. Para ello estarán adscritos, mediante la correspondiente reserva de puestos de trabajo, a las Direcciones de Área del Servicio Canario de la Salud, puestos a los que se les asignan los correspondientes complementos específicos y de destino, lo que conlleva, por aplicación de lo dispuesto en la propia legislación estatal en materia de incompatibilidades (art. 16 de la Ley 53/1984), la imposibilidad de autorizar o reconocer compatibilidad alguna.

De esta forma, el legislador canario no ha considerado conveniente que en el futuro se mantenga en todo caso la atención a la oficina de farmacia y el desempeño de otras funciones relativas a la salud pública sino que, por el contrario, ha dispuesto, a fin de dar respuesta a una necesidad específica ligada a las características de su propia organización, la aplicación de un modelo que prima la cobertura de aquellos puestos por funcionarios de carrera, si bien respetando las situaciones jurídicas consolidadas de los farmacéuticos titulares.

Por esta razón, la citada previsión de incompatibilidad para los titulares de farmacia lleva intrínseca la desaparición de toda posible obligación de mantener abierta oficina de farmacia

en la localidad o circunscripción de destino ha de ser entendida como una mera consecuencia de la extinción de ese deber, extinción que puede entenderse acorde con la universalización de la asistencia sanitaria y con la necesidad de adaptar los medios personales y materiales a disposición de la Comunidad Autónoma. Actuación ésta última dirigida a organizar un sistema adecuado para la puesta en práctica de las atribuciones autonómicas en el ámbito de la salud pública en ejercicio de las competencias ostentadas por Canarias plasmadas de forma específica en la propia Ley general de sanidad (arts. 41, 55 y 85) así como con el importante desarrollo de las actuaciones en materia de salud pública, protección de la salud y seguridad alimentaria puesto de manifiesto, por ejemplo, en la ya citada Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

7. Solventada la primera duda de constitucionalidad hemos de responder ahora a la relacionada con la eventual vulneración del art. 14 CE, pues, a juicio de órgano judicial a quo, el diferente trato dispensado a los funcionarios interinos con respecto a quienes ostentaban plaza de farmacéutico titular en propiedad conlleva una vulneración del principio constitucional de igualdad en la ley consagrado en el citado precepto constitucional y con respecto al cual tenemos establecido (STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5) que:

«a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.»

Como ya hemos dicho, la eventual vulneración vendría dada, en concreto, por impedir la disposición transitoria cuestionada que los primeros ejerzan la facultad de elegir de la que sí disponen los segundos consistente en el mantenimiento de su anterior régimen retributivo u optar por el nuevo, previsto en el art. 18 de la misma Ley de Canarias 2/1999, con las incompatibilidades que del mismo se deriven. Por el contrario, los funcionarios interinos farmacéuticos que sean, a su vez, propietarios de oficinas de farmacia han de acreditar el cese en dicha actividad o, en caso contrario, cesaran en su condición de interinos.

Así, la Ley de Canarias 2/1999 prevé, como ya hemos expuesto, la coexistencia de dos regímenes jurídicos diferenciados aplicables en función de la distinta condición, funcionario de carrera o interino, de sus destinatarios. Regímenes diferenciados que pueden encontrar fundamento precisamente en la distinta naturaleza de la relación que vincula a unos y a otros con la Administración pública.

En relación con los funcionarios interinos recordemos, en primer lugar, algunas notas definidoras de su régimen que no pueden ser desconocidas para analizar la situación aquí planteada. En tal sentido, los funcionarios interinos son aquellos que, por razones de necesidad y urgencia, ocupan una plaza dotada presupuestariamente en tanto no se provea por un funcionario de carrera. Así las notas principales de su naturaleza jurídica vienen dadas por estos caracteres de excepcionalidad, urgencia y temporalidad, las cuales necesariamente han de condicionar su régimen jurídico en la medida en que solamente resultará posible hacer una aplicación analógica del régimen de los funcionarios de carrera cuando ello resulte adecuado y compatible con esta naturaleza.

En el caso concreto que nos plantea no ha de olvidarse que los funcionarios interinos no se encontraban en la misma situación que los de carrera con respecto a la tenencia de la oficina de farmacia. Para estos últimos la tenencia de la misma resultaba, como ya hemos visto, una obligación inexcusable para el ejercicio de sus funciones públicas lo que determinaba que la propia normativa reconociese la viabilidad de la obtención de la autorización para abrir oficina de farmacia precisamente en razón a la actividad desempeñada por quien ya había adquirido la condición de funcionario de carrera (Reales Decretos 909/1978, de 14 de abril, y 1711/1980, de 31 de julio). Por el contrario, para el desempeño interino de las funciones propias del farmacéutico titular, la previa tenencia de la oficina de farmacia abierta en la localidad en la que iban a ejercerse las dichas funciones no constituía un deber u obligación sino, por el contrario, un mérito y un requisito para el posterior nombramiento interino (al respecto, apartado primero de la Resolución de la Secretaría de Estado para Sanidad, de 26 de mayo de 1980, por la que se establece la escala de preferencias para provisión interina de vacantes en los cuerpos de Farmacéuticos, Veterinarios, Practicantes y Matronas titulares).

En consecuencia, puede estimarse que, dada la falta de identidad de ambas situaciones, respecto a la obligación de disponer de oficinas de farmacia, nada ha de reprocharse a la opción tomada por el legislador canario, respetuosa con el respeto a las situaciones preexistentes en quienes ya eran funcionarios de carrera, a la vez que tendente a lograr que las funciones en materia de salud pública asignadas con anterioridad a farmacéuticos titulares interinos sean realizadas por personal en régimen de dedicación exclusiva, exigiendo un plus de dedicación expresado en la asignación de los correspondientes complementos específico y de destino previstos en el propio art. 18.1 de la Ley canaria 2/1999.

Ya hemos excluido que la norma canaria esté regulando un supuesto de incompatibilidad no previsto en la normativa estatal en materia de incompatibilidades sino que, por el contrario, el apartado cuestionado de la disposición transitoria tercera se limita a extraer las consecuencias que se derivan de la opción organizativa expresada por el ya citado art. 18 de la propia Ley 2/1999. Por ello, para los funcionarios interinos, cuyo nombramiento es por su propia naturaleza temporal, su cese se vincula a una de las circunstancias legalmente contempladas como una consecuencia lógica de la reestructuración de los servicios oficiales farmacéuticos de la Comunidad Autónoma, igualmente decidida por el legislador autonómico en el ámbito de sus competencias, sin que responda a una decisión discrecional de la Administración.

Por lo demás, conforme a nuestra doctrina (por todas, STC 122/2008, de 20 de octubre, FJ6) tampoco la igualdad ante la ley proclamada en el art. 14 CE impide el distinto tratamiento normativo entre situaciones de por sí diversas ni la diferenciación normativa entre distintos sujetos puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación, correspondiendo al legislador autonómico ordenar los caracteres de la transición normativa. En este caso no se trata de situaciones iguales ya que los funcionarios interinos, por la propia transitoriedad en el desempeño de las funciones a ellos asignadas, no han generado situaciones jurídicas consolidadas.

Por todo lo expuesto, el diferente trato aplicado no conlleva una vulneración del art. 14 CE.

#### FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

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

Dada en Madrid, a veinte de abril de dos mil nueve.—María Emilia Casas Baamonde.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.