
AUTO 27/2019, de 9 de abril (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2019)

Pleno. Auto 27/2019, de 9 de abril de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 5926–2018. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 5926–2018, planteada por un juzgado de lo contencioso–administrativo de Zaragoza respecto del art. 52 i) en relación con el art. 54.1 b) de la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica para Aragón. Votos particulares.

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 Narváz Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde–Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón.

I. Antecedentes

1. El 13 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, oficio del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo núm. 3 de Zaragoza, al que se acompaña, además del testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento abreviado 369–2017, el auto de 29 de octubre de 2018, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 52 i) en relación con el art. 54.1 b) de la Ley de las Cortes de Aragón 4/1999, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica para Aragón, por posible vulneración del art. 149.1.16 CE.

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

a) Por resolución de la directora provincial de sanidad de Zaragoza, de 23 de febrero de 2017, confirmada en alzada por orden del consejero de Sanidad de la comunidad autónoma de Aragón, de fecha 8 de septiembre de 2017, se impuso a un titular de farmacia una sanción de multa de 3.006 €, como autor de una infracción administrativa grave, tipificada y graduada conforme a lo dispuesto en los arts. 52 i) y 54.1 b) de la Ley 4/1999, de ordenación farmacéutica para Aragón, “por la conservación de medicamentos sin observar las condiciones exigidas”; en concreto, “conservar y tener dispuestos para la venta medicamentos caducados y medicamentos sin cupón precinto con envases íntegros y sin haber rebasado la fecha de caducidad indicada en la etiqueta”.

b) El afectado interpuso contra la anterior resolución recurso contencioso–administrativo, que se tramitó por las normas del procedimiento abreviado celebrándose el acto de juicio en fecha 6 de julio de 2018.

c) En providencia de 11 de julio de 2018, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Zaragoza acordó iniciar el trámite previsto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a cuyo efecto procedió a dar audiencia a las partes y al ministerio fiscal para que, en término de diez días, alegasen lo que a su derecho convenga sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 52 i) y 54.1 b) de la Ley 4/1999, de 25 de marzo, por posible infracción del art. 149.1.16 CE, en cuanto otorga competencia exclusiva al Estado en materia de legislación de productos farmacéuticos.

d) El anterior trámite fue evacuado por el fiscal en escrito de 19 de julio de 2018, en el que interesa que se promueva cuestión de inconstitucionalidad, en los términos planteados por el órgano judicial. La letrada de la comunidad autónoma, en escrito de 25 de julio de 2018, se opone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, por entender que la sanción fue impuesta en ejercicio de la competencia autonómica en materia de ordenación farmacéutica. La parte demandada, en escrito de 26 de julio de 2018, estimó que no procedía el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

3. En auto de 29 de octubre de 2018, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Zaragoza fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que a continuación se resumen.

Afirma el auto que la infracción tipificada en el art. 52 i) de la Ley aragonesa 4/1999, coincidía en su momento literalmente con la infracción tipificada en el art. 108.2 b) 8 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento. En ambas disposiciones se tipifica como infracción grave: "Distribuir o conservar los medicamentos sin observar las condiciones exigidas, así como poner a la venta medicamentos alterados, en malas condiciones o, cuando se haya señalado, pasado el plazo de validez". La graduación de las sanciones se regulaba asimismo en términos coincidentes, disponiendo para las infracciones graves una multa que, en grado mínimo, va desde 500.001 hasta 1.150.000 pesetas.

La Ley 25/1990 fue derogada por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y, en la actualidad, la regulación de esta materia se contiene en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Esta disposición tipifica esta misma infracción, en idénticos términos, si bien la califica como infracción muy grave [art. 111.2 c) 10] y establece unas sanciones cuyo grado mínimo, en el supuesto de infracciones muy graves, oscila entre 90.001 y 300.000 € [art. 114.1 c)]. Considera por ello el auto que el tipo infractor contemplado en la normativa estatal vigente coincide con lo dispuesto en la ley aragonesa, no así la graduación y el importe de las multas.

El auto recuerda que el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015 establece, en su disposición final primera, que los preceptos del título IX relativos al régimen sancionador,

tienen la condición de legislación sobre productos farmacéuticos, y se dictan al amparo del art. 149.1.16 CE. Por todo ello, considera que el art. 52 i) de la Ley 4/1999 de Aragón es contrario al régimen de distribución de competencias que resulta del bloque de constitucionalidad; en concreto, vulnera la competencia estatal en materia de legislación de productos farmacéuticos, en donde se encuadra la legislación sobre estos productos y su comercialización.

Señala asimismo, que la doctrina de este Tribunal, recogida en la STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 9, afirma que la regulación del régimen de producción o elaboración de los medicamentos constituye un aspecto central de la legislación de productos farmacéuticos, y es una competencia de regulación completa que se extiende incluso al ámbito reglamentario, pues la expresión “legislación” debe entenderse en sentido material. Cuando se trata de la dispensación, el Tribunal ha señalado así que la legislación sobre productos farmacéuticos se yuxtapone con la relativa a los establecimientos farmacéuticos.

En lo que respecta a la competencia autonómica, el auto recuerda que la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, dispone en su art. 71.56 que corresponde a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de “ordenación farmacéutica”, y en su art. 77.7 le atribuye la competencia ejecutiva en materia de “productos farmacéuticos”. Considera que la ley autonómica controvertida afecta al núcleo de la competencia estatal; en particular, a los aspectos relativos a la propia seguridad de los pacientes y su accesibilidad a la medicación, y la legislación estatal es clara al remitir a la administración estatal la regulación de las condiciones de dispensación o las reservas singulares de prescripción o dispensación.

En la medida en que la infracción prevista en la Ley aragonesa 4/1999, si bien en su momento coincidía con lo dispuesto en la legislación estatal, tras la modificación operada por el Real Decreto Legislativo 1/2015, tiene una calificación jurídica y una sanción diferente de la prevista en el mismo, por lo que vulnera las competencias estatales, sin que sea susceptible de una interpretación conforme. La previsión autonómica incide en un ámbito que afecta así a las condiciones de seguridad y a las garantías de los propios medicamentos, lo que constituye una materia reservada al Estado, sin que quepa incardinarla en el ámbito de la “ordenación farmacéutica” de competencia autonómica.

Finalmente, el auto aborda el llamado juicio de relevancia, afirmando que los preceptos autonómicos que se controvierten resultan de aplicación en este proceso, para llegar al dictado de la correspondiente sentencia, en la medida en que se trata del tipo infractor que ha tenido en cuenta la administración al imponer la sanción, tal y como expresamente se afirma en la propia resolución sancionadora.

4. Por providencia de 15 de enero de 2019, la Sección Tercera del Tribunal Constitucional acordó oír a la fiscal general del Estado, a los efectos que determina el art. 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, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC).

5. La fiscal general del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado en este Tribunal el 2 de febrero de 2019, interesando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por falta de cumplimiento de los requisitos procesales.

Tras referirse a los antecedentes de hecho y a los términos en que el órgano judicial expresa su duda de constitucionalidad, afirma que nos encontramos ante un supuesto de inconstitucionalidad mediata o sobrevenida, pues la norma autonómica no contradice directamente la Constitución sino determinados preceptos de una norma de rango infraconstitucional, el Real Decreto Legislativo 1/2015, como consecuencia de las modificaciones operadas desde la Ley 25/1990, del medicamento.

Nada opone la fiscal al cumplimiento de los requisitos relativos a las condiciones iniciales de planteamiento (momento procesal, con los autos conclusos para sentencia) ni al desarrollo del trámite de audiencia. Considera, sin embargo, que en el ámbito de la inconstitucionalidad mediata que se plantea, la contradicción entre la norma autonómica (Ley 4/1999) y la norma estatal (Real Decreto Ley 1/2015) solo existe entre la graduación y la sanción aplicable, pero no respecto de la conducta típica constitutiva de la infracción, que es idéntica en la norma estatal y la autonómica. Por este motivo, la apreciación de la existencia de la conducta infractora se constituye en presupuesto de la aplicación de la norma y es condición previa para la aplicación del tipo de infracción y la imposición de la sanción prevista, siendo así que sobre este particular el texto de la demanda plantea algunas dudas, como son la falta de concurrencia de los elementos del tipo de infracción imputado, y efectúa diversas alegaciones como son la prescripción y la infracción del principio de proporcionalidad, por lo que dicha premisa resulta relevante para la resolución de la cuestión controvertida.

En este punto, el auto de planteamiento únicamente considera que concurren los juicios de aplicabilidad y relevancia, pero no efectúa ninguna consideración sobre la posible existencia o no —en cuanto presupuesto de la gravedad de la sanción— de la conducta infractora objeto del proceso contencioso administrativo. En esta tesitura, señala la fiscal, podríamos llegar al resultado de que, declarada la inconstitucionalidad de la norma, esta no se llegase a aplicar al descartar el órgano judicial que el recurrente hubiera incurrido en dicha conducta. Cita en apoyo de su tesis el ATC 14/2018, de 8 de febrero, FJ 4, en el que además de considerar necesaria la previa resolución de la excepción de falta de legitimación como causa de inadmisibilidad, no abordada por el órgano judicial, se refiere a la necesidad de aplicar parte de una norma como presupuesto de aplicación de su contenido restante; y en sentido análogo, si bien en un aspecto previo de legalidad procesal, el ATC 111/2018, de 16 de octubre, FJ 3, que contempla la alegada excepción de falta de capacidad procesal del art. 69 b) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre

cuya apreciación no se había pronunciado el órgano judicial al plantearse la cuestión de inconstitucionalidad.

En definitiva, la falta en el auto de planteamiento de un juicio sobre la efectiva existencia de la conducta sancionada, como presupuesto previo de aplicación de la graduación y sanción correspondiente, significaría un insuficiente cumplimiento de los juicios de aplicabilidad y relevancia, pues no estaría argumentalmente acreditado que, a partir de la concurrencia de la conducta típica, fuera de aplicación su graduación y sanción; por tanto, podría ocurrir que la contradicción denunciada entre la norma estatal y la autonómica deviniera inaplicable, y, consecuentemente, resultara irrelevante para la resolución del proceso a quo la declaración de inconstitucionalidad, que se habría convertido en un control abstracto de constitucionalidad, desvinculado de la cuestión planteada.

Con independencia de lo anterior, y aun suponiendo que pudieran considerarse correctamente realizados los juicios de aplicabilidad y relevancia, considera la fiscal que concurre en el presente supuesto la falta de aplicabilidad de la norma cuestionada, como consecuencia del principio de prevalencia del art. 149.3 CE. Tras referirse en detalle a la doctrina constitucional recogida en la STC 102/2016 y desarrollada en otras posteriores (SSTC 116/2016, de 20 de junio y 204/2016, de 1 de diciembre), afirma que el órgano judicial no se cuestiona ni la constitucionalidad ni la consideración de normativa básica de los preceptos estatales con los que existe la contradicción sobrevenida por parte de la norma autonómica (arts. 111 y 114 del Real Decreto Legislativo 1/2015 en relación con el art. 149.1.16 CE).

En estas circunstancias, y de acuerdo con la mencionada jurisprudencia constitucional, entiende que “la norma autonómica debería acomodarse a la estatal, por lo que no sería necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto que, en aplicación del art. 149.3 CE, el órgano judicial, sin declarar la nulidad de la norma cuestionada, sí puede desplazar su aplicación por la contradicción sobrevenida expuesta, de modo que el resultado sería que la norma autonómica no sería aplicable. Por tanto, los cuestionados preceptos de la Ley 4/1999, de ordenación farmacéutica para Aragón no serían de aplicación, con la consecuencia de que no se cumpliría el presupuesto de aplicabilidad necesario para un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, lo que determinaría la inadmisión de la cuestión planteada”.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Zaragoza, en relación con los arts. 52 i) y 54.1 b) de la Ley de las Cortes de Aragón 4/1999, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica para Aragón, por posible vulneración de lo dispuesto en el art. 149.1.16 CE. Los citados preceptos disponen literalmente lo siguiente:

“Artículo 52. Infracciones graves

Se tipifican como infracciones graves las siguientes:

[...]

i) Distribuir o conservar los medicamentos sin observar las condiciones exigidas, así como poner a la venta medicamentos alterados, en malas condiciones o, cuando se haya señalado, pasado el plazo de validez”.

“Artículo 54. Graduación

Las infracciones señaladas en la presente Ley serán sancionadas aplicando una graduación mínima, media y máxima a cada nivel de infracción, en función de la negligencia e intencionalidad, el grado de connivencia, el incumplimiento de las advertencias previas, la cifra de negocio de la entidad, el perjuicio causado, el número de personas afectadas, los beneficios obtenidos con la infracción y la duración de los riesgos generados.

[...]

b) Infracciones graves

– Grado mínimo: desde 500.001 hasta 1.150.000 pesetas

– Grado medio: desde 1.150.001 hasta 1.800.000 pesetas

– Grado máximo: desde 1.800.001 hasta 2.500.000 pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los productos y servicios objeto de la infracción”.

Como se ha expuesto en los antecedentes, el auto fundamenta el planteamiento de la presente cuestión en la existencia de una inconstitucionalidad sobrevenida de los citados preceptos de la ley autonómica, derivada de la modificación de la normativa estatal aplicable; en concreto, al haberse producido un desajuste entre lo señalado en dichos preceptos, que inicialmente reproducían la legislación estatal, y lo establecido actualmente en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Ello comportaría, a su juicio, una vulneración de la competencia estatal exclusiva sobre la legislación de productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE).

En relación con el mencionado planteamiento debe ponerse de relieve que, en efecto, los preceptos autonómicos controvertidos constituían en su momento reproducción literal de lo dispuesto en los arts. 108.2 b).8 y 109.1 b) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento. Las modificaciones introducidas en la legislación estatal, primero por los arts. 101.2 c) 10, y 102.1 c)

de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y en la actualidad por los artículos los arts. 111.2 c) 10 y 114.1 c) del mencionado Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, han determinado que, si bien la conducta infractora se define en idénticos términos en la normativa estatal y autonómica, la infracción se califique hoy como “infracción muy grave”, y se haya modificado asimismo la graduación y la cuantía de las sanciones, que, en su grado mínimo, han pasado a ser de “entre 90.001 y 300.000 euros”.

La fiscal general del Estado, en el trámite previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y por las razones de las que se ha dejado constancia en los antecedentes, interesa la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por apreciar la falta de cumplimiento de los requisitos procesales exigidos por el art. 35 LOTC, al no haberse efectuado adecuadamente los juicios de aplicabilidad y relevancia.

2. El art. 37.1 LOTC permite a este Tribunal rechazar a limine las cuestiones de inconstitucionalidad, mediante auto y sin otra audiencia que la de la fiscal general del Estado, cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada.

Por lo que se refiere a los defectos procesales aducidos, la fiscal alega, en primer término, que la cuestión de inconstitucionalidad planteada no cumple los juicios de aplicabilidad y relevancia exigidos por el art. 35.2 LOTC, por cuanto el órgano judicial no habría argumentado suficientemente que los preceptos controvertidos son los que resultan aplicables en el proceso a quo, en cuanto en ellos se subsume la conducta infractora, y por lo tanto son estos los que sirven de fundamento a la infracción apreciada y a la sanción impuesta.

Es doctrina constante de este Tribunal que corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios “la selección de la norma y su interpretación, así como la subsunción en ella del supuesto de hecho, por tratarse de operaciones inherentes a la potestad de juzgar que con carácter exclusivo y excluyente encomienda el art. 117.3 de nuestra Constitución a los jueces y tribunales componentes del Poder Judicial, como función privativa en la cual no nos corresponde entrometernos, salvo manifiesta inaplicabilidad de la norma en entredicho [...] O como dijéramos, entre otras, en la STC 51/2004, de 13 de abril, en el examen del juicio de aplicabilidad de la norma legal, este Tribunal únicamente ejerce un control externo (FJ 1), que se concreta en que no puede ponderar o revisar tal apreciación del propio órgano judicial sobre las normas que en cada caso estime aplicables, a salvo el supuesto [...] de que el criterio que así se exponga resulte con toda evidencia errado (STC 188/1988, de 17 de octubre, FJ 3)” (STC 139/2005, de 26 de mayo, FJ 5).

En cuanto al juicio de relevancia previsto en el art. 35.2 LOTC, el mismo ha sido definido por este Tribunal como “el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada” [por todos, AATC 93/1999, de 13 de abril, FJ 3; 21/2001, de 30 de enero, FJ 1, y 14/2018, de 8 de febrero, FJ 4 a)] y “constituye una de las más esenciales condiciones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad en garantía de que su

planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, por no versar sobre la norma de cuya validez depende el fallo, único objeto posible de ese tipo de procedimientos” (STC 201/2011, de 13 de diciembre, FJ 12, entre otras muchas). En coherencia con ello, este Tribunal ha admitido expresamente la posibilidad de revisar la concurrencia de este requisito de procedibilidad, examinando “en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión”, en aquellos supuestos en que “de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que dicho nexo causal no existe” (SSTC 83/1984, 4/1988, 189/1991 y 90/1994, entre otras).

Pues bien, en el supuesto que se examina, el auto de planteamiento viene a exteriorizar el imprescindible juicio de aplicabilidad y relevancia de acuerdo con lo previsto en el art. 35 LOTC, argumentando, bien que de forma sintética pero con carácter suficiente, que “los preceptos legales que se citan han de ser aplicados en este proceso para llegar al dictado de la correspondiente sentencia, en la medida en que se trata del tipo infractor que ha tenido en cuenta la administración para imponer la sanción administrativa”. Ello permite afirmar, en el ámbito del control externo que a este Tribunal corresponde, que el órgano judicial parte de la premisa de que son los preceptos controvertidos los que definen la conducta infractora y los que integran el tipo sancionatorio aplicado, por lo que de su validez o invalidez depende la solución que haya de darse al presente proceso (en sentido análogo, ATC 13/2018, de 7 de febrero, FJ 2). No procede, en consecuencia, apreciar la concurrencia del óbice procesal planteado.

3. En segundo término, la fiscal general del Estado considera que concurre también una falta de aplicabilidad de la norma cuestionada como consecuencia del principio de prevalencia del art. 149.3 CE, tal y como este ha sido interpretado en las SSTC 102/2016, 116/2016 y 204/2016, de las que deriva que no sería necesario en este caso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues el órgano judicial puede desplazar la aplicación de la norma autonómica por la contradicción sobrevenida expuesta. Lo que determinaría que no se cumpla el presupuesto de aplicabilidad necesario para un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y en consecuencia, la inadmisión de la cuestión. El análisis de este óbice hace preciso examinar previamente el marco competencial en el que se sitúa la presente cuestión de inconstitucionalidad.

El auto fundamenta el planteamiento de la presente cuestión en la existencia de una inconstitucionalidad sobrevenida de la ley autonómica, producida por la modificación de la normativa estatal aplicable, sin que se haya producido la exigible acomodación de la legislación autonómica; lo que, a su juicio, comportaría una vulneración de la competencia estatal exclusiva sobre la legislación de productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE).

Tratándose de una controversia de naturaleza competencial, debemos comenzar analizando el encuadramiento competencial de la materia regulada; análisis que ha de atender, prioritariamente, al contenido y naturaleza de la disposición controvertida, sin que este Tribunal se encuentre

vinculado por los encuadramientos competenciales que realizan las propias normas sometidas a su enjuiciamiento (por todas, STC 144/1985, de 25 de abril, FJ 1).

En el supuesto que se examina, los preceptos controvertidos tienen por objeto la tipificación y sanción de la infracción consistente en el incumplimiento del deber que a los titulares de farmacia corresponde, en orden a la conservación de los medicamentos en el establecimiento farmacéutico, siendo así que la sanción impuesta al titular de farmacia en el procedimiento a quo vino determinada específicamente “por la conservación de medicamentos sin observar las condiciones exigidas”. Ello nos sitúa en el ámbito material relativo a los deberes que corresponden a los establecimientos farmacéuticos (y por ende a sus titulares), en cuanto establecimientos privados de interés público, en orden a garantizar la calidad y seguridad en los procedimientos de atención farmacéutica. Así se deduce con claridad de lo dispuesto en el art. 3, apartado 6 a) del propio Real Decreto Legislativo 1/2015, donde se señala que corresponde a las oficinas de farmacia abiertas al público, legalmente autorizadas “la custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano”.

Como tuvimos ocasión de afirmar, al tratar una cuestión análoga relativa a la dispensación de medicamentos, estamos en un ámbito en el que “la legislación sobre productos farmacéuticos se yuxtapone con la de establecimientos farmacéuticos” y es, por tanto, “discernible una doble vertiente: por una parte la que tiene que ver con el medicamento mismo; y por otra, la que tiene que ver con la función de la farmacia al dispensar aquél. Cada uno de dichos aspectos o vertientes es susceptible de una regulación diferenciada, respectivamente encuadrable en títulos competenciales asimismo diferentes” (SSTC 152/2003, FJ 7, y 181/2014, FJ 4). Es por ello necesario, en orden a la determinación del título competencial aplicable, efectuar un análisis específico de la naturaleza, objeto y contenido de las disposiciones controvertidas.

En lo que respecta la regulación del medicamento, resulta de aplicación el título competencial relativo a la “legislación sobre productos farmacéuticos” al que se refiere el último inciso del art. 149.1.16 CE, pues, de conformidad con lo señalado en la STC 98/2004, FJ 5 —y reiterado en pronunciamientos posteriores—, dicho título está formado por “ese conjunto de normas que tiene por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto ‘sustancias’ cuya fabricación y comercialización está sometida —a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia— al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen”. En esta misma línea, afirmamos que: “La regulación del régimen de producción o elaboración de medicamentos constituye un aspecto central de la legislación de productos farmacéuticos por la especial incidencia que dicho régimen tiene en la salud de todos los ciudadanos, como potenciales consumidores de medicamentos. Esta es una competencia de regulación completa que se extiende incluso al ámbito reglamentario, pues la expresión ‘legislación’ debe entenderse en sentido material” (SSTC 152/2003, de 17 de julio, FJ 9, y 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 4).

Por el contrario, la regulación del deber de conservación de los medicamentos en las oficinas de farmacia y el paralelo ejercicio de la potestad sancionadora en este ámbito —al igual que ocurre con los deberes de custodia y dispensación— no guarda relación con la regulación del medicamento, entendida en los términos de nuestra doctrina, sino que, como ya se ha señalado, tiene por objeto la imposición de un deber vinculado a la condición de las oficinas de farmacia como establecimientos privados de interés público, que participan en la atención sanitaria a la población y que realizan una función directamente conectada con el interés público de la sanidad, por lo que dicho deber ha de incardinarse en el título competencial básico en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE).

Partiendo de lo expuesto, el análisis del reproche de inconstitucionalidad mediata o indirecta que se dirige a los preceptos autonómicos requiere, previamente, constatar “que concurren dos condiciones: por un lado, que la norma estatal infringida por la ley autonómica [arts. 111.2 c) 10 y 114.1 e) del Real Decreto Legislativo 1/2015] 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; y, por otro, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa” (por todas, STC 210/2014, de 18 de diciembre, FJ 4). En cuanto a lo primero, las prescripciones estatales están incluidas en una norma con rango de ley formal que viene a reconocer la específica competencia del Estado en esta materia al amparo del art. 149.1.16 CE, aun cuando sea desde una perspectiva diferente de la aquí expuesta; y en cuanto a lo segundo, cabe afirmar que la adecuada conservación de los medicamentos en las oficinas de farmacia, constituye un deber que tiene “obvia y directa repercusión en el ámbito de la salud humana y de la atención sanitaria a la población”, por lo que “el ámbito más estrechamente relacionado con la presente controversia constitucional es el correspondiente a las bases en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE), que constituye título competencial específico y preferente, que prevalece sobre el referido a la ‘legislación de productos farmacéuticos’, también previsto en el citado precepto constitucional pero que tiene un objeto y finalidad más alejada de la presente regulación, pues afecta primariamente a la ordenación de los medicamentos en cuanto ‘sustancias’ cuya fabricación y comercialización está sometida al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen” (en sentido análogo, STC 76/2018, de 5 de julio, FJ 3).

En lo que respecta a la competencia autonómica en esta materia, el art. 71 del Estatuto de Autonomía de Aragón dispone que: en el ámbito de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá la potestad legislativa, la potestad reglamentaria, la función ejecutiva y el establecimiento de políticas propias, respetando lo dispuesto en los arts. 140 y 149.1 de la Constitución; y determina que corresponde a la misma la competencia exclusiva en materia de sanidad y salud pública, es especial la organización, el funcionamiento, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios. La Comunidad Autónoma participará, de acuerdo con el Estado, en la planificación y la coordinación estatal en lo relativo a sanidad y salud pública (apartado 55). El apartado 56 del mismo precepto le atribuye también esta

competencia en materia de “ordenación farmacéutica”. Como es claro, con independencia de la calificación otorgada a la mencionada competencia en el Estatuto de Autonomía, es indudable que la misma está supeditada, y así lo prevé expresamente el citado precepto estatutario, a lo que resulta del reparto competencial previsto en el art. 149.1 CE, y, por tanto, a lo señalado por la legislación básica estatal en materia de sanidad, conforme a lo dispuesto en el art. 149.1.16 CE.

En relación con las señaladas competencias autonómicas, hemos de recordar que en las sentencias antes citadas, al referirnos a la dispensación de medicamentos, vinimos a reconocer que “las Comunidades Autónomas competentes pueden también regular, en relación con la dispensación de medicamentos, aspectos que tengan propiamente que ver con la función de las farmacias al dispensarlos, siempre que la regulación correspondiente se oriente al establecimiento de reglas o criterios que atiendan al ejercicio ordinario de esta actividad de los establecimientos de farmacia” (SSTC 152/2003, FJ 7, y 181/2014, FJ 4); previsiones que serían asimismo trasladables a la función de conservación de los medicamentos, que aquí se examina.

De todo ello se desprende que la Comunidad Autónoma puede ejercer una competencia de desarrollo de las bases estatales respecto de las funciones que corresponden a las farmacias en la conservación de los medicamentos, así como en relación con el régimen sancionador vinculado al cumplimiento de este deber, debiendo respetar en todo caso lo establecido con carácter básico por la normativa estatal.

4. Situados pues en el ámbito material de las bases de la sanidad, a que hace referencia el art. 149.1.16 CE, y constatada la contradicción efectiva entre ambas normas que se deduce con evidencia de su tenor literal, hemos de coincidir con la fiscal general del Estado en que nos encontramos, ante un supuesto ya analizado por nuestra doctrina, que no es otro que aquél en que el legislador autonómico, al desarrollar la legislación básica, reproduce la normativa estatal, y esta es posteriormente modificada en términos incompatibles con la legislación autonómica, sin que se produzca su correspondiente adaptación. Ello da lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, en el que 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 ejercicio de competencias propias.

Este Tribunal ha asentado en las SSTC 102/2016, de 25 de mayo, FJ 6; 116/2016, de 20 de junio, FJ 2; 127/2016, de 7 de julio, FJ 2, y 204/2016, de 1 de diciembre, FJ 3, y en el ATC 167/2016, de 4 de octubre, una doctrina que resulta aquí de directa aplicación —y a la que procede ahora remitirse con carácter general—, en virtud de la cual no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica, sino que cabe su mera inaplicación, por haber sido desplazada por la norma estatal al amparo de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE.

Baste recordar de acuerdo con la citada doctrina, que en supuestos como el presente, es el legislador autonómico el que debe acomodarse a la modificación de la legislación estatal básica; y

si esa adaptación no se produce, “el operador jurídico primario, al que preferentemente van destinadas las normas, tiene que operar con la técnica del desplazamiento de una de las leyes en conflicto y no tiene legitimación para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad” pues “otorgar preferencia a la legislación básica estatal es la solución lógica a una situación provocada por la propia Comunidad Autónoma que ha incumplido su deber de inmediata acomodación de su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica”, por lo que “es la solución que se corresponde con lo dispuesto en el art. 149.3 CE, que atribuye a las normas del Estado prevalencia sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”.

Y sigue diciendo que “este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse [...] inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal. Supone el único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento jurídico (art. 149.3 CE), si el asunto no se hubiera judicializado, y es el único también al que en todo caso puede llegar el órgano judicial que conoce del mismo en vía contencioso-administrativa, tras el planteamiento y estimación de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, la cual resulta por todo ello innecesaria”. En definitiva, “esa prevalencia del derecho estatal debe jugar en tanto no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada, pues en tal caso el juez sí debería plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero no sobre la legislación autonómica sino sobre la propia legislación básica posterior, si considerase que, efectivamente, concurrían las condiciones para ello” (STC 102/2016, FJ 6).

De lo anteriormente expuesto, debemos concluir, de acuerdo con lo manifestado por la fiscal, que la norma sobre cuya constitucionalidad se duda, no resulta aplicable al caso en cuyo seno se ha planteado, y, en consecuencia, procede declarar la inadmisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad

Publíquese este auto en el “Boletín Oficial del Estado”.

Madrid, a nueve de abril de dos mil diecinueve.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el magistrado don Santiago Martínez-Vares García al auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5926-2018

A través del presente voto particular manifiesto, con el debido respeto al auto de la mayoría, mis discrepancias frente a la fundamentación y parte dispositiva del mismo.

Las razones de mi discrepancia fueron desarrolladas en las opiniones disidentes incorporadas a los votos particulares formulados a las SSTC [127/2016](#), de 7 de julio y [204/2016](#), de 1 de diciembre.

Para evitar reiteraciones innecesarias, me remito a lo razonado en aquellas ocasiones.

En tal sentido formulo el presente voto particular.

Madrid, a nueve de abril de dos mil diecinueve.

2. Voto particular que formula el magistrado don Antonio Narvárez Rodríguez en relación con el auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5926-2018

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno, emito este voto particular de remisión, con reproducción de los argumentos que, en contra de la aplicación del principio de prevalencia del art. 149.3 CE, ya sostuve en el voto particular, asimismo discrepante, al que me adherí con respecto a la STC [127/2016](#), de 7 de julio, mostrando mi parecer opuesto a la aplicación de un principio que, sobre todo en el caso concreto enjuiciado, supone un paso más en la ampliación del camino iniciado por la STC [102/2016](#), de 25 de mayo.

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el voto particular formulado a la indicada STC [127/2016](#), de 7 de julio, al que me remito para evitar reiteraciones innecesarias.

Madrid, a once de abril de dos mil diecinueve.

3. Voto particular concurrente que formula el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón al auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5926-2018, al que se adhieren los magistrados don Andrés Ollero Tassara y don Fernando Valdés Dal-Ré

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y con pleno respeto a la opinión de los magistrados que lo sustentaron, formulo el presente voto particular concurrente para expresar mi discrepancia con la fundamentación jurídica del Auto que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad.

Antes que nada debo explicar el sentido de mi voto concurrente. La inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad se fundamenta en la doctrina de la prevalencia del derecho estatal enunciada y

aplicada por primera vez en la STC 102/2016, de 25 de mayo. No obstante, mi decisión de formular voto particular concurrente no se basa exclusivamente en mi discrepancia con el contenido de esa controvertida doctrina, que hay que recordar que fue introducida en su momento a modo de overruling por una mayoría mínima de magistrados, como se constata en los votos formulados tanto a aquella resolución como a las SSTC 116/2016, de 20 de junio, de la Sala Primera; 127/2016, de 7 de julio, del Pleno, y 204/2016, de 1 de diciembre, del Pleno.

Tampoco se basa en mi disenso con el fallo del auto, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, que podría haber compartido si se hubiera basado en la falta de exteriorización, por el órgano judicial promotor de la cuestión, del juicio de aplicabilidad y relevancia de la duda planteada para la resolución del litigio que tenía ante sí. Mi discrepancia se refiere a las concretas razones que se aducen en el fundamento jurídico 5 para justificar esa inadmisión.

Una vez que la mayoría del Pleno se decantó por considerar que la duda de constitucionalidad elevada por el órgano judicial era relevante para resolver el litigio (FJ 3), comparto el análisis de fondo que se realiza en el fundamento jurídico 4, respecto al encuadramiento competencial de la norma estatal que sirve de contraste y a la conclusión sobre la contradicción insalvable existente con la norma autonómica objeto de la cuestión; pero, en mi opinión, ese análisis de fondo debió haber conducido derechamente a admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad para, tras la correspondiente tramitación, resolver en sentencia la duda de constitucionalidad elevada, declarando la inconstitucionalidad sobrevenida del precepto autonómico cuestionado.

Por tanto, ante la presente cuestión de inconstitucionalidad habría compartido dos tipos de resolución con dos fundamentaciones distintas: un auto de inadmisión que se hubiera basado en la apreciación de óbices procesales distintos al de la inaplicabilidad de la norma cuestionada por prevalencia del derecho estatal; o una sentencia que hubiera resuelto la duda de constitucionalidad promovida por el órgano judicial declarando la inconstitucionalidad y nulidad de la norma autonómica. Discrepo, en cambio, de la forma en la que se ha aplicado la doctrina de la prevalencia en el presente caso, que ha dividido en dos mitades al Tribunal Constitucional: todo ello sin necesidad alguna puesto que no existían divergencias en cuanto al fallo de inadmisión de la cuestión.

Una vez expuesto el sentido de mi voto concurrente, expondré las razones de mi discrepancia, en consonancia con los argumentos señalados en la deliberación del Pleno.

1. Debe recordarse que la STC 102/2016 alumbró una doctrina de la prevalencia en sede administrativa, que se ceñía a las circunstancias muy concretas del supuesto de hecho subyacente en el procedimiento a quo: en síntesis, en primer lugar debía ser el propio aplicador jurídico primario (la administración) el que decidiera desplazar la norma autonómica para aplicar la norma básica sobrevenida; en segundo lugar la norma autonómica desplazada debía tener carácter de lex

repetita, esto es, haberse limitado a reproducir el contenido de la base estatal en su redacción anterior; y, por último, el carácter básico de la norma estatal debía haber sido reconocido previamente por el Tribunal Constitucional. Pronto, esas tres condiciones se fueron eliminando (giro culminado en la STC 204/2016, de 1 de diciembre), expandiendo y desfigurando la doctrina de la prevalencia enunciada inicialmente. Esta continuada extensión de dicha doctrina, no explicitada ni motivada en cada caso, determina el efecto negativo de que el conjunto de los operadores jurídicos conocen que la norma básica puede prevalecer sobre la autonómica, pero no saben con precisión en qué condiciones lo hacen y cuáles son los límites de esta prevalencia, con la consiguiente inseguridad jurídica en su aplicación.

El presente caso confirma esa evolución, pues no se da ninguna de las tres circunstancias tenidas en cuenta por la STC 102/2016: a) es el órgano judicial el que suscita la posible inconstitucionalidad mediata de la norma autonómica aplicada, por contradecir de forma sobrevenida el contenido de las bases estatales, sin que el operador jurídico primario, el órgano administrativo autonómico, la hubiese desplazado previamente por la norma estatal; b) no se había reconocido anteriormente el carácter básico de la norma estatal que aduce el órgano judicial como norma de contraste, cuestión que es abordada y resuelta por primera vez mediante el presente auto y c) no era evidente, cuando se elevó la cuestión de inconstitucionalidad, que la norma autonómica aplicada fuera una correcta reproducción de una norma básica anteriormente vigente, legítimamente adoptada en el marco de las competencias autonómicas, en lugar de una extralimitación competencial desde el inicio.

2. En especial quiero llamar la atención sobre el extenso y complejo análisis que necesita el auto para concluir en la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica. Ese análisis se extiende a lo largo de noventa y ocho líneas, ocupando más de tres páginas y abarcando casi la totalidad del fundamento jurídico 4.

El auto reconoce expresamente, al inicio del citado fundamento jurídico, que se trata de “una controversia de naturaleza competencial”, y como tal se aborda a continuación: sin duda se trata de una controversia más compleja que los problemas de desajuste entre normas autonómicas y normas básicas sobrevenidas a los que la STC 102/2016 aplicó la doctrina de la prevalencia. Así, la primera operación que realiza el auto es la del llamado encuadramiento material de la norma estatal de contraste, pues debe dilucidar si se encuadra en la materia “productos farmacéuticos” o, alternativamente, en la de “sanidad”. Aunque ambas materias están reservadas al legislador estatal por la Constitución en la misma disposición constitucional (art. 149.1.6), lo están con un alcance muy distinto en cada caso: son títulos competenciales diferenciados, que comportan consecuencias distintas para la validez de la norma autonómica y, sobre todo, como veremos a continuación, para la viabilidad de la doctrina de la prevalencia.

Si el objeto de regulación de la norma autonómica se hubiera encuadrado en la materia “productos farmacéuticos”, en la que el Estado ostenta la competencia legislativa exclusiva, las consecuencias

tendrían que haber sido, por un lado, la inconstitucionalidad y nulidad de la norma autonómica de forma directa o inmediata y no de forma sobrevenida sino desde el mismo momento en que fue aprobada y, por otro lado, la inviabilidad de la aplicación de la doctrina de la prevalencia, al menos tal como se configuró en la STC 102/2016. Esta sentencia refirió la doctrina de la prevalencia únicamente a las relaciones entre norma básica y norma autonómica de desarrollo, pero la norma autonómica dictada en una materia en la que el Estado tiene la competencia exclusiva no puede considerarse solo como inaplicable, ni como inconstitucional de forma sobrevenida, sino como inconstitucional y nula desde el principio.

Al decantarse el auto, en cambio, por la materia de “sanidad”, la conclusión resulta más matizada: la comunidad autónoma sí podía dictar normas de ordenación farmacéutica, es decir, relativas a la función de dispensación de medicamentos de las farmacias, si bien respetando las normas que el Estado hubiera dictado al respecto en el marco de sus competencias básicas. Con ello se abría la posibilidad, que luego se confirmará en el auto, de que la norma autonómica incurriera en una inconstitucionalidad mediata, que sería de carácter sobrevenido si contradijera una base dictada con posterioridad, pudiéndose aplicar la doctrina de la prevalencia en una versión extendida.

Debe subrayarse que la duda de constitucionalidad que había razonado el órgano judicial promotor de la cuestión era que la norma autonómica aplicada vulneraba la competencia exclusiva estatal en materia de legislación de productos farmacéuticos, que era también el título competencial formalmente invocado por el Real Decreto legislativo 1/2015 para las concretas normas de dicho texto normativo que, según el órgano judicial promotor de la cuestión, eran aplicables al supuesto de hecho; ese era también el encuadramiento competencial que había sostenido en sus alegaciones la fiscal general del Estado. Como se advierte, el auto “corrige” el encuadramiento material (“productos farmacéuticos”) realizado por hasta tres instituciones del Estado: el legislador estatal, el órgano judicial promotor de la cuestión y la fiscal general del Estado. Como se indicó más arriba, sin esa corrección no hubiera sido posible aplicar la doctrina de la prevalencia, al menos tal y como fue diseñada en la STC 102/2016. Todo ello pone de manifiesto, una vez más, que las operaciones de encuadramiento competencial distan de ser sencillas en la práctica, y que la doctrina de que cualquier órgano judicial no solo puede, sino que está obligado, por su propia autoridad, a inaplicar una norma autonómica devenida incompatible con una norma estatal de cuyo carácter básico no duda, encierra bastantes riesgos. Entre ellos el de sustraer a este órgano el control de constitucionalidad en temas de encuadramiento competencial complejo, como el presente, prohibiendo a los órganos jurisdiccionales el planteamiento de la cuestión y obligándoles a aplicar, a nuestro entender indebidamente, la doctrina de la prevalencia.

3. Pese a no concurrir las condiciones antes aludidas, el auto le contesta al órgano judicial promotor de la cuestión que, de acuerdo con nuestro examen, la norma autonómica cuestionada constituye “un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida [...] por infringir una norma de rango infraconstitucional dictada por el Estado en ejercicio de competencias propias” (FJ 5) y que, no obstante, la norma autonómica “no resulta aplicable al caso en cuyo seno se ha planteado”; esto es,

autoriza al órgano judicial promotor de la cuestión a dejar de aplicar sencilla y llanamente la norma autonómica en el proceso contencioso-administrativo.

Si se observa atentamente, la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada es relativa, pues se entra de lleno en el fondo, solo que la “decisión del proceso constitucional” no se produce “en forma de sentencia”, como ordena el art. 86.1 LOTC. En efecto, se realiza íntegramente el análisis de la inconstitucionalidad sobrevenida solicitado, omitiendo exclusivamente su ineludible consecuencia jurídica, la declaración formal de nulidad, única que contempla nuestra Ley Orgánica y que, además, solamente este Tribunal puede pronunciar. Todo ello con la sola invocación de “una doctrina que resulta aquí de directa aplicación —y a la que procede ahora remitirse con carácter general—, en virtud de la cual no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica, sino que cabe su mera inaplicación, por haber sido desplazada por la norma estatal al amparo de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE”.

Como único sostén de su fundamentación, el auto reproduce a continuación en su fundamento jurídico 5 algunos fragmentos del fundamento jurídico 6 de la STC 102/2016. Pero lo hace en unos términos que no pueden considerarse correctos: no solo porque trata esa sentencia como si hubiera expuesto una doctrina general precisa y acabada sobre la prevalencia, algo que no hizo en ningún momento; ni tampoco porque no reúne ninguna de los elementos de su supuesto de hecho; sino, sobre todo, por recoger las afirmaciones que apoyan la aplicación de la doctrina al caso enjuiciado y omitir las que no la apoyan.

Así, de la cita que realiza del fundamento jurídico 6 de la STC 102/2016, el auto recorta el pasaje clave que dejaba claro que lo que se aprobó en dicha Sentencia fue estrictamente una prevalencia de carácter administrativo, esto es, limitada al “operador jurídico primario” en sede administrativa. El pasaje completo decía así: “El operador jurídico primario, al que preferentemente van destinadas las normas, tiene necesariamente que operar con la técnica del desplazamiento de una de las leyes en conflicto y no tiene legitimación para suscitar cuestión de inconstitucionalidad, pues su planteamiento se reserva a los jueces y tribunales, y esto significa que el asunto se ha judicializado, lo que representa siempre una situación indeseable” (en cursiva las palabras omitidas por el auto). Esa fue la justificación que se proporcionó en la STC 102/2016 y que ahora se quiere trasladar a unos hechos bien distintos, alterando profundamente el sentido de su doctrina.

Si la resolución de un tribunal quiere expandir una concreta doctrina más allá del supuesto de hecho que justificó su establecimiento, no puede limitarse a invocar las razones que justificaron su aplicación inicial, recortándolas en su caso para que no entren en contradicción con el nuevo supuesto de hecho, sino que tiene que proporcionar razones que justifiquen esa extensión o, en su caso, una nueva fundamentación que justifique la aplicación de la doctrina tanto a los supuestos de hecho antiguos como a los nuevos. Lo que no se hace en la resolución de la que, respetuosamente, discrepamos.

4. Con independencia del déficit señalado de fundamentación, en el presente caso la aplicación de la doctrina de la prevalencia no resultaba acertada por diversas circunstancias:

a) La impugnación jurisdiccional de la sanción impuesta con arreglo a la norma autonómica se había fundamentado en que la conducta sancionada no encajaba en la tipificación contemplada por la norma. Ello suscitaba dudas sobre si, en estas condiciones, el juicio de constitucionalidad que se demandaba del Tribunal Constitucional era o no relevante para resolver el litigio en los términos en los que estaba planteado ante el órgano judicial promotor de la cuestión. El órgano judicial podía aceptar el motivo de impugnación articulado por el recurrente, sin necesidad de examinar la adecuación al orden competencial de la norma sancionadora autonómica: sin conducta infractora no es posible aplicar la norma sancionadora. En estas condiciones, a la vista de los términos del debate procesal en el procedimiento a quo, el Tribunal Constitucional suele exigir al órgano judicial que exteriorice en el Auto de planteamiento las razones por las que considera que no es prima facie descartable que la norma cuestionada sea aplicable a los hechos sancionados y, por lo tanto, relevante para resolver el litigio. Este fue también el criterio expresado en sus alegaciones por la fiscal general del Estado (antecedente quinto): la apreciación de la existencia de la conducta infractora se constituye en presupuesto de la aplicación de la norma y condición previa para la aplicación del tipo de infracción y la imposición de la sanción prevista. Sin embargo, el auto de planteamiento no ofrece una explicación de por qué consideraba que los hechos eran subsumibles en la norma aplicada. Por esta deficiencia, correctamente señalada por la fiscal general del Estado, debió haberse inadmitido la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Constituye una paradoja que el auto descarte –con unas pocas líneas– ese óbice procesal, afirmando que la norma autonómica es aplicable y relevante para resolver el litigio, ya que define la conducta infractora e integra el tipo sancionatorio aplicado, “por lo que su validez o invalidez depende la solución que haya de darse al presente proceso” (FJ 3 in fine); y, sin embargo, después, no solo se omite una declaración formal sobre su validez o invalidez, sino que se concluya que, en virtud de la prevalencia de una norma estatal que ninguna parte procesal ha invocado o aplicado en el procedimiento administrativo y judicial, aquella misma norma “no resulta aplicable al caso en cuyo seno se ha planteado” (FJ 5 in fine). Y es que la norma autonómica no puede ser aplicable y no aplicable al mismo tiempo.

b) A diferencia de casos anteriores, la “declaración de prevalencia de la norma estatal”, que finalmente ha pronunciado este Tribunal no responde a las pretensiones procesales de ninguna de las partes en el procedimiento a quo. Este es un dato jurídico que no puede soslayarse. Ninguna de las partes ha sostenido la aplicabilidad de la norma estatal: ni el farmacéutico sancionado, que evidentemente no desea que le eleven el importe de la sanción de 3.006 € impuesta con arreglo a la norma autonómica a un mínimo de 90.001 (hasta 300.000) € que contempla, para los mismos hechos, la norma estatal que se declara prevalente; ni la Administración autonómica, que le sancionó de acuerdo a la norma autonómica y, por consiguiente, defiende la validez de su norma y de la sanción impuesta.

c) Sin necesidad de entrar en la discusión sobre la definición de su ámbito de aplicación, la regla de la prevalencia se ha concebido como una técnica de solución de conflictos normativos (art. 149.3 CE), consistente en el desplazamiento de la norma autonómica por la norma estatal, con la consiguiente aplicación prioritaria de esta última. Como ya se ha indicado, en el presente caso no existía un conflicto aplicativo entre normas de dos ordenamientos que debiera ser zanjado en sede judicial. La sanción impugnada en vía jurisdiccional se había fundamentado exclusivamente en la norma autonómica. Y tampoco será posible acordar en el procedimiento judicial la consecuencia jurídica propia de la prevalencia, la aplicación prioritaria de la norma estatal: el órgano judicial no puede otorgar preferencia aplicativa a la norma estatal básica, por la simple razón de que está fuera de su jurisdicción revisora la reconstrucción de la sanción impuesta sustentándola en una norma sancionadora distinta y desfavorable para el recurrente. Y en el supuesto actual, además, en el que nos hallamos en el ámbito del derecho administrativo sancionador, porque en ningún caso podría el Juez inferir, por esta vía del desplazamiento, una sanción muy superior a la que fue impuesta al recurrente en el propio expediente sancionador. En suma, en el presente caso la aplicación de la doctrina de la prevalencia no servirá en el procedimiento a quo para sustituir la norma autonómica por la estatal, sino, en todo caso, para excluirla.

d) Y si, como parece inexcusable, el órgano judicial anula la sanción impuesta por resultar inaplicable la norma autonómica, cabría la posibilidad de que la Administración pudiese incoar un nuevo procedimiento sancionador en el que, con arreglo a la norma estatal declarada preferente por nuestra resolución, le imponga al recurrente una sanción treinta veces más elevada que la que fue recurrida, dado que la prescripción de las infracciones muy graves reguladas en la norma estatal es de cinco años y los hechos se produjeron el 25 de abril de 2016. En otras palabras, como consecuencia de impetrar la tutela judicial frente a una sanción impuesta por una conducta que consideraba atípica, el actor se arriesga a ser objeto de una nueva sanción, como mínimo, treinta veces más elevada. Aunque formalmente no lo sea, ese desenlace constituye materialmente una *reformatio in peius*, constitucionalmente vetada.

5. En fin, el tiempo ha confirmado que la doctrina de la prevalencia se introdujo mediante un *overruling* impreciso, escasamente argumentado en cuanto a su fundamentación y sin especificar realmente sus requisitos de aplicación, en condiciones aptas para ser aplicada sin dificultad a supuestos de hecho distintos a los que justificaron su establecimiento. Incluso en supuestos extremos como el presente, en el que se produce un empate en el seno del Pleno, y la victoria de la doctrina de la prevalencia tiene que obtenerse recurriendo al voto de calidad.

Quizá la conclusión más optimista que los operadores jurídicos pueden extraer de este y otros pronunciamientos sobre la prevalencia es que las normas autonómicas quedan desplazadas si entran en contradicción con normas básicas sobrevinidas, siempre que el Tribunal Constitucional declare previamente que deben quedar desplazadas. Si esta fuera la conclusión que extrajeran los operadores jurídicos, no se pondría en excesivo peligro la seguridad jurídica, ni se erosionaría el carácter concentrado de nuestro control de constitucionalidad, pues los órganos judiciales seguirán

elevando prudentemente ante este Tribunal sus dudas de constitucionalidad sobre las normas autonómicas que han devenido incompatibles por la modificación de las bases estatales y seguirán obteniendo como antes un pronunciamiento completo sobre el fondo, solo que con tres significativas diferencias procesales: el fallo ya no incluirá una declaración formal de nulidad, ni se contendrá en una sentencia, y para su resolución no se oirá previamente a los representantes procesales de la comunidad autónoma de la que proceda la norma concernida (art. 37.3 LOTC), ni tampoco a las partes en el procedimiento a quo (art. 37.2 LOTC). Si no lo hicieran así, los órganos judiciales se arriesgarán a que la decisión de desplazamiento de la norma autonómica, adoptada por su propia autoridad, sea impugnada por considerarla vulneradora del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (SSTC 173/2002, de 9 de octubre, y 1/2017, de 16 de enero).

A nuestro entender, es claro que la generalización de la doctrina de la prevalencia no permite resolver problemas reales ni supone un avance en la protección de los derechos de los ciudadanos y, por el contrario, introduce una notable dosis de incertidumbre en un ámbito, que hasta la fecha, se regía por reglas claras y sencillas, permitiendo la declaración de inconstitucionalidad de normas autonómicas, por auto, sin que la propia comunidad autónoma concernida tenga la posibilidad de ser oída. Esta es la razón esencial que justifica nuestra discrepancia.

Madrid, a once de abril de dos mil diecinueve.

4. Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón al auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5926-2018

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en el auto, formulo el presente voto, dejando constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno.

El primer extremo que debo aclarar es, precisamente, el relativo al carácter discrepante de este voto, pues, aunque la argumentación que defiende conduciría también a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto es que se opone frontalmente a la fundamentación del auto y, además, las consecuencias de la inadmisión que propugno son bien distintas de las que se siguen del auto aprobado por la mayoría. En tal tesitura, no me parece procedente formular un voto concurrente al mismo, porque ello supondría reconocer que, en lo sustancial, existe coincidencia con la decisión mayoritaria, a la que se quiere añadir algún matiz o refuerzo argumental, cuando mi postura se aparta radicalmente de ella en los aspectos más esenciales, siendo la coincidencia en la decisión final algo puramente coyuntural, que no priva a este voto de su sentido decididamente discrepante.

Aclarada esta cuestión inicial, paso a exponer las razones que, a mi juicio, deberían haber fundamentado la decisión de este Tribunal en el presente caso.

1. En primer lugar, sostengo que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad adolece de una evidente carencia de parte de los presupuestos procesales exigidos por el art. 35 LOTC para poder ser admitida a trámite.

a) Por un lado, como advierte en sus alegaciones la fiscal general del Estado, existe una deficiencia en el juicio de aplicabilidad y relevancia, pues, a pesar de que en el auto se afirma que el órgano judicial lo realiza correctamente, la verdad es que dista de ser así, ya que el órgano promotor de la cuestión se limita a señalar que, como quiera que el recurrente ha sido sancionado en virtud de los preceptos que se cuestionan, estos se han de aplicar en el caso, por lo que resultan relevantes a efectos de su resolución. Sin embargo, el auto de planteamiento de la cuestión no resuelve algunos extremos que son esenciales para poder llegar a la conclusión de que los preceptos resultan, efectivamente, relevantes para la resolución del pleito. Así, el actor en el procedimiento a quo (farmacéutico sancionado por la administración autonómica) discute que tener varios medicamentos caducados y dos medicamentos no caducados sin cupón precinto pueda ser una conducta encuadrable en el incumplimiento del deber de conservación de los medicamentos en las condiciones exigidas, que es por lo que se le sanciona. A su juicio, “conservar” se refiere a las condiciones en las que se deben mantener los medicamentos para evitar su degradación. Por tanto, cuando un medicamento caduca, termina el deber de conservación. Y la falta de cupón-precinto en dos medicamentos supondrá a lo sumo una irregularidad en su dispensación, pero no convierte el medicamento en peligroso por falta de conservación. En suma, está discutiendo el carácter típico de la conducta que se le imputa, defendiendo que la conservación a la que se refiere el precepto aplicado es, realmente, la de mantener los medicamentos en condiciones idóneas para que no se alteren, pero no se refiere a que existan en la farmacia medicamentos caducados (mientras no se vendan), o carentes del correspondiente cupón precinto.

Ésta es una cuestión esencial que debería haber sido resuelta por el órgano judicial en el auto de planteamiento, al realizar el juicio de relevancia, para poder defender que los preceptos cuestionados de la Ley de ordenación farmacéutica de Aragón eran realmente aplicables y relevantes para la solución del recurso, cuestión que no es tan evidente porque, como pone de relieve el recurrente, el entendimiento del tipo efectuado por la administración autonómica supone que conservar medicamentos caducados (en el sentido de tenerlos físicamente en la farmacia) sería una conducta igual de grave que venderlos, a pesar de que la segunda es la única que implica un mayor riesgo sanitario. Las dudas que suscita este extremo obligaba al órgano judicial a resolverlo en el auto de promoción de la cuestión para poder plantear efectivamente las dudas de constitucionalidad de los preceptos cuestionados, porque podría darse el caso de que este Tribunal la admitiera a trámite y se pronunciara sobre la constitucionalidad de las normas objeto de la misma, y, finalmente, estas no se aplicaran en la sentencia que decidiera el procedimiento a quo porque el órgano judicial entendiera que las conductas imputadas al actor no eran incardinables en

el tipo aplicado, con lo cual, la cuestión de inconstitucionalidad se habría convertido en un control abstracto de la constitucionalidad de los preceptos, lo que, a todas luces, resulta inadmisibile.

Debo recordar aquí que el juicio de relevancia es “el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada” (por todos, AATC 93/1999, de 13 de abril, FJ 3, y 21/2001, de 30 de enero, FJ 1), y que, “constituye una de las más esenciales condiciones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad en garantía de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, por no versar sobre la norma de cuya validez depende el fallo, único objeto posible de este tipo de procedimientos” (STC 201/2011, de 13 de diciembre, FJ 2, entre otras muchas). Y también es preciso tener presente que este Tribunal ha afirmado que “esta debida exteriorización del juicio de relevancia (STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 1) supone, en definitiva, que el órgano judicial ha de poner de manifiesto ante este Tribunal de qué manera, a la vista del objeto del proceso en curso, la alternativa que encierra la duda de constitucionalidad lo es también, idealmente, pero de modo necesario, para resolver aquél en uno u otro sentido, descartando ya cualquier otro parámetro distinto de la disposición de la Ley cuestionada para llegar a dicha resolución... Solo cuando sobre los problemas de legalidad ordinaria planteados en el proceso ‘no pueda ya fundarse una decisión, con independencia de la duda constitucional, podrá ser también reconocida la relevancia que justifica el empleo por el juzgador del instrumento que es la cuestión de inconstitucionalidad’ ” (ATC 47/2004, de 10 de febrero, FJ 3; y asimismo, STC 130/1999, de 1 de julio, FJ 2; AATC 493/1986, de 5 de junio, FFJJ 2 y 3; 381/2005, de 25 de octubre, FJ 2). Es decir, que el órgano promotor de la cuestión debe tener ya resueltas todas las cuestiones de legalidad ordinaria para llegar a la conclusión de que el único parámetro del que depende la solución del litigio es la duda de constitucionalidad de la norma.

Comoquiera que esa labor de aclaración previa de los problemas de legalidad ordinaria que se han suscitado en el proceso a quo no ha sido realizada en el auto de planteamiento de la cuestión, se ha de concluir que existe una deficiencia en el juicio de aplicabilidad y relevancia que impide admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad.

b) Pero se puede ir más allá. Con independencia de lo anterior, definiendo que, en todo caso, el precepto no sería relevante para la resolución del recurso. En atención a la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad como procedimiento de control concreto acerca de la constitucionalidad de la norma, el art. 35.1 LOTC precisa, como presupuesto para que sea viable el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que la norma con rango de ley, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución. Esto se traduce en que el pronunciamiento de este Tribunal que recaiga en la cuestión de inconstitucionalidad ha de tener un efecto práctico para la solución del proceso a quo. Sin embargo, estimo que, en este caso, ese efecto no tendría lugar, lo que priva a la norma de relevancia, porque el fallo del proceso judicial no depende de su validez.

Hay que partir de que la redacción del art. 52 i) de la ley autonómica y del art. 111.2 c) 10 del texto refundido de la Ley estatal de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios es idéntica; lo único que varía es que en la primera la infracción se considera grave, mientras que la ley estatal la tipifica como muy grave. Pues bien, en el procedimiento a quo lo único que se discute es si las conductas que se imputan al allí recurrente tienen cabida o no en el tipo recogido en la norma. Esto es, nadie ha puesto en tela de juicio que la calificación otorgada a la infracción debiera ser más grave, ni siquiera la administración sancionadora. Los términos del debate han quedado concretados en la forma indicada, por lo cual, el órgano judicial estaría introduciendo en el debate una cuestión ajena al mismo, con lo que podría incurrir en una incongruencia extra petita (con lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del actor) si dicta una sentencia en la que anule la resolución administrativa porque la norma autonómica es inconstitucional y, consiguientemente, la conducta debería haber sido tipificada de acuerdo con la norma estatal, lo que supone que hay que calificarla como una infracción muy grave y sancionarla en consecuencia.

Aparte de ello —pero directamente relacionado con tal límite— hay otro impedimento para poder considerar relevante la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto en el procedimiento a quo: la doctrina de la interdicción de la reformatio in peius, que este Tribunal ha identificado con el empeoramiento o agravación de la situación jurídica del recurrente declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso, de modo que la decisión judicial que lo resuelve conduce a un efecto contrario al perseguido por la parte recurrente (entre otras, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 196/1999, de 25 de octubre, FJ 3; 203/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, o 126/2010, de 20 de noviembre, FJ 3). El actor ha impugnado en el procedimiento contencioso-administrativo una resolución administrativa que le imponía una sanción de 3.006 € por la comisión de una infracción grave, sancionada en grado mínimo, y, como consecuencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, puede ocurrir que el órgano judicial determine que, siendo la norma autonómica inconstitucional, por aplicación del precepto estatal su infracción ha de considerarse muy grave, lo que conduciría, evidentemente, a agravar su situación. Es más, el órgano judicial tendría que anular la resolución administrativa dictada al amparo de una norma presuntamente inconstitucional, por no haber sancionado de acuerdo con la Ley estatal, y, de no haberse producido la prescripción de la infracción según la norma estatal, podría darse el caso de que la administración incoara un nuevo procedimiento sancionador, e impusiera al recurrente la sanción correspondiente a la infracción muy grave de la Ley estatal, que, en su grado mínimo, sería de 90.001 €. Esta posibilidad resulta evidentemente proscrita por el principio de interdicción de la reformatio in peius, lo que nos conduce a la inexorable conclusión de que los preceptos cuestionados, y, más en concreto, el art. 52 i) de la Ley aragonesa 4/1999, carecen de relevancia en el procedimiento a quo, constatación que debería haber conducido también a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por esta razón.

2. Dejando al margen ya las consideraciones sobre los presupuestos de índole procesal, disiento también de la doctrina de la prevalencia que aplica el auto, plasmada en diversos pronunciamientos de este Tribunal a partir de la STC 102/2016, de 25 de mayo. En el momento actual de desarrollo

del Estado de las autonomías me parece que esta doctrina no puede ser ya objeto de aplicación. Como no quiero extenderme innecesariamente sobre este extremo, me limito a remitirme a cuanto se expone en los votos particulares a los pronunciamientos previos de este Tribunal que se invocan en el auto del que disiento, especialmente los formulados a las SSTC 102/2016, 127/2016 y 204/2016, cuyos argumentos suscribo y doy aquí por reproducidos, y que revelan de forma clara la imprecisa formulación y la inquietante deriva que está tomando la aplicación de dicha doctrina, de límites cuando menos ambiguos y confusos, como pone de manifiesto el examen del auto al que se formula este voto particular.

3. No obstante mi total discrepancia con la doctrina de la prevalencia aplicada en el auto aprobado por la mayoría, quiero dejar aquí también constancia de la divergencia que se aprecia en esta resolución respecto de la doctrina de la prevalencia, tal y como fue configurada en la STC 102/2016, pues de manera evidente no concurren los presupuestos que, de acuerdo con dicha sentencia, permitirían la aplicación de la reiterada doctrina.

Es requisito fundamental para su aplicación, según lo que se señala en la STC 102/2016, que la norma autonómica en cuestión reproduzca la norma básica estatal, y que, posteriormente, esta haya sido modificada, produciéndose una discordancia entre ambas. Pero se olvida de que también es esencial que el precepto estatal haya sido previamente examinado y calificado como básico por este Tribunal Constitucional. Y en el supuesto presente no existe ningún pronunciamiento acerca del carácter básico del art. 111.2 c) 10 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que podría plantear incluso problemas de proporcionalidad, dado que ha elevado la gravedad de la infracción que se contempla en el mismo, ya que en la Ley del medicamento de 1990 tenía la consideración de infracción grave (y en la norma autonómica también) para ser considerada actualmente infracción muy grave, lo que conlleva igualmente la modificación de la cuantía de las sanciones en su distintos grados, pues en la primitiva redacción, el grado mínimo (que es el aquí concernido) se sancionaba entre 500.001 y 1.150.000 pesetas, mientras que ahora se sanciona el mismo grado entre 90.001 y 300.000 €. No es preciso extenderse más en la enorme diferencia entre una y otra sanción.

Por otro lado, la problemática del asunto llega a afectar también al encuadre material y competencial de la norma. Así, la ley estatal determina en su disposición final primera que el régimen sancionador tiene la consideración de legislación sobre productos farmacéuticos, dictada al amparo del art. 149.1.16 CE, mientras que en el auto se corrige ese encuadramiento realizado por el legislador, situándose la norma en el ámbito de la competencia para establecer la legislación básica en materia de sanidad, del mismo precepto constitucional. Y, con toda evidencia, esta es una tarea que tampoco pueden realizar los órganos de la jurisdicción ordinaria, cuya función es aplicar la ley y no corregirla, sino que debe quedar reservada de manera exclusiva y excluyente a este Tribunal Constitucional.

Finalmente, es preciso añadir que en la STC 102/2016 se refería la técnica del desplazamiento al “operador jurídico primario”, esto es, a la administración que había dictado la resolución posteriormente impugnada en vía judicial, que, en aquel caso, ya había aplicado la normativa básica estatal, entendiéndose que la normativa autonómica que la reproducía había quedado desplazada al modificarse aquella (el problema de la *lex repetita*). En el fundamento jurídico 6 de aquella se afirma: “El operador jurídico primario, al que preferentemente van destinadas las normas, tiene necesariamente que operar con la técnica del desplazamiento de una de las leyes en conflicto y no tiene legitimación para suscitar cuestión de inconstitucionalidad, pues su planteamiento se reserva a los jueces y tribunales”. En este caso, sin embargo, el operador jurídico primario ha aplicado la norma autonómica, por lo cual, siendo consecuente con aquella doctrina, no habría más remedio que aceptar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del órgano judicial, que es revisor pero no operador jurídico primario, lo que no ocurre en este caso. En suma, es uno más de los problemas que provocan los difusos límites de la doctrina de la prevalencia, ya denunciados en los votos particulares formulados a las SSTC 102/2016, 127/2016 y 204/2016, y que generan una auténtica inseguridad jurídica en su aplicación.

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a nueve de abril de dos mil diecinueve.