

En Logroño, a 12 de Septiembre de 1996, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede provisional, con asistencia de su Presidente, D. Ignacio Granado Hijelmo, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras,, D. Pedro de Pablo Contreras y D. Jesús Zueco Ruiz, con ausencia de D. Joaquín Ibarra Alcoya que excusa su asistencia por entender que concurre en el mismo motivo legal de abstención en el presente asunto, siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite el siguiente:

DICTAMEN

5/96

Correspondiente a la Consulta formulada por el Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad Autónoma de La Rioja en relación con el proyecto de Decreto sobre asunción de determinadas competencias por la Dirección General de Salud y Consumo en materia de oficinas de farmacia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único

Con fecha 9 de septiembre de 1996, tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo escrito del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de La Rioja solicitando la emisión de dictamen sobre proyecto o borrador de Decreto sobre asunción de

determinadas competencias por la Dirección General de Salud y Consumo en materia de oficinas de farmacia. A dicho escrito se acompañaba el texto del referido proyecto de Decreto, así como un informe jurídico evacuado por el servicio correspondiente de la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social.

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

Único

La presente consulta se ha evacuado por el trámite de urgencia apreciada de oficio por el Sr. Presidente del Consejo Consultivo, en aplicación del artículo 10. 2 del Reglamento del propio Consejo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Contenido y alcance del proyecto de Decreto

Según resulta de la documentación aportada, el proyecto de Decreto se presenta en desarrollo y ejecución del Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población, el cual, al decir de su Disposición final primera, «constituye legislación básica sobre Sanidad, dictada al amparo del artículo 149.1.16.^a de

Esto supuesto, el proyecto de Decreto autonómico que se somete a nuestra consideración presenta, en síntesis, el siguiente contenido:

a) Asunción, por la Administración de la Comunidad Autónoma, de la facultad para conocer sobre las peticiones y conferir las autorizaciones para la apertura de nuevas oficinas de farmacia [art. 1.a)], atribuyendo tales funciones a la Dirección General de Salud y Consumo de la Consejería de Salud y Bienestar Social, con implícita pero inequívoca revocación de la preexistente delegación de tales funciones en el Colegio Oficial de

b) Atribución a la misma Dirección General de Salud y Consumo de la competencia para «ordenar, con carácter general o especial, los horarios de servicio público de las oficinas de farmacia, los turnos de guardia y los servicios de urgencia y los de vacaciones» [art. 1.b)], así como la de *«ejercer las atribuciones encaminadas a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio»*, que contempla la presencia y actuación profesional del farmacéutico como requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos [art. 1.c)].

c) Remisión a una futura regulación reglamentaria del procedimiento para la autorización de oficinas de farmacia (art. 2.1).

d) Establecimiento -sin perjuicio de lo que pueda disponer definitivamente el reglamento al que aludimos en el apartado precedente- del plazo máximo de un año, a contar desde el siguiente a la presentación de la solicitud, para resolver las peticiones de apertura de oficinas de farmacia, plazo que rige tanto para las actualmente pendientes de resolución cuanto para las que se presenten en el futuro (art. 2.2 en relación con la Disposición transitoria), otorgando expresamente al silencio carácter negativo.

e) Mantenimiento, en tanto no se lleve a cabo el oportuno desarrollo reglamentario, del régimen de horarios oficiales establecido hasta la fecha por el Colegio Oficial de Farmacéuticos (art. 3).

f) Regulación del procedimiento que permita la ampliación de los horarios mínimos, en desarrollo de lo establecido en el art. 4.3 del Real Decreto-Ley 11/1996 (art. 4).

Segundo

Vinculación de la Comunidad Autónoma de La Rioja a lo establecido en el Real Decreto-Ley 11/1996

El proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración se presenta a sí mismo, según hemos ya indicado, como un desarrollo y ejecución del Real Decreto-Ley 11/1996, que -al parecer- se estima vinculante para esta Comunidad Autónoma.

Sin embargo, a juicio de este Consejo Consultivo, no es segura la adecuación del citado Real Decreto-Ley a la Constitución, lo que hace dudar de la vinculación aludida.

A) En nuestra opinión, el Real Decreto-Ley presenta su flanco más débil en lo que atañe, precisamente, a su aprobación como tal Decreto-Ley. Recuérdese, en efecto, que el artículo 86.1 de la Constitución reserva tal posibilidad de normación para los casos de «*extraordinaria y urgente necesidad*», estableciendo, además, que los mismos no podrán afectar «al régimen de las Comunidades Autónomas». Pues bien:

a) En cuanto a la «*extraordinaria y urgente necesidad*», ha señalado el Tribunal Constitucional que, «*en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es*

«debe interpretarse en el sentido de que el Decreto-Ley no puede afectar al régimen jurídico constitucional de las Comunidades Autónomas, incluida la posición institucional que les otorga la Constitución, es decir, en el sentido de que el Decreto-Ley no puede regular el objeto propio de aquellas leyes que, de acuerdo con el art. 28.1 de la LOTC, sirven de parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de las demás; es decir, por lo que aquí interesa, el ámbito que la Constitución reserva a determinadas leyes para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las

(STC 29/1986, de 20 de febrero, F. 2).

En nuestra opinión, es difícil dejar de atribuir tal carácter a las disposiciones que contienen lo que la Constitución y los Estatutos denominan legislación básica, puesto que resulta innegable que las mismas se integran en el denominado bloque de la constitucionalidad, en cuanto que tienen por objeto, precisamente, delimitar, en concreto -y atendiendo a mudables criterios de «*interés general*»- las competencias del Estado y de las diferentes Comunidades Autónomas; aunque, muy probablemente, deba admitirse en este punto la posibilidad de supuestos, rigurosamente excepcionales, ligados, desde luego, a casos en que la “*extraordinaria y urgente necesidad*” sea inequívoca, en los que el Decreto-Ley constituya un instrumento adecuado para establecer normas básicas..

B) Problema distinto del de la fórmula utilizada -el Decreto Ley- es el de la competencia del Estado para llevar a cabo la regulación contenida en el tan mencionado

Decreto-Ley 11/1996, que éste entiende amparada en el art. 149.1.16.^a de la Constitución, el cual considera como de competencia estatal las bases y coordinación general de la sanidad. El Real Decreto-Ley, pues, pretende establecer *bases de la sanidad*.

En realidad, a nuestro juicio, la cuestión sólo ofrece dificultad respecto a aquellas Comunidades Autónomas en cuyos Estatutos se contempla la atribución de competencias exclusivas en materia de «*ordenación farmacéutica*» (que es el caso, tan sólo, de Cataluña, el País Vasco y Valencia) como algo distinto de la «*sanidad interior*» (competencia que aquéllas también, independientemente, asumen, y que tienen atribuída, por lo demás, todas las Comunidades), puesto que parece innegable que la primera de las aludidas atribuciones competenciales podría suponer un cierto freno a la expansión indiscriminada de las bases de la sanidad, implicando un *plus* competencial respecto a las Comunidades que carecen de semejante previsión en sus Estatutos. Pero el problema no se plantea respecto a estas últimas -incluida, obviamente, La Rioja-, bastando entonces, en cuanto a ellas, para amparar la regulación estatal que incida en la «*ordenación farmacéutica*» con la cláusula residual de atribución competencial contenida en el art. 149.3 de la Constitución. Desde la perspectiva exclusiva de nuestra Comunidad, pues, no puede

discutirse la competencia del Estado para regular con carácter básico el régimen de las oficinas de farmacia.

C) Mas, sentado lo anterior, aflora una nueva dificultad, derivada ya, en concreto, de los términos en que el Estado ha establecido el régimen de las oficinas de farmacia en el tan citado Real Decreto-Ley 11/1996 y, en particular, en el reconocimiento o atribución que en el mismo se hace de determinadas e importantes competencias a todas las Comunidades Autónomas (otorgamiento de autorizaciones de apertura, procedimiento de concesión, zonificación, régimen de horarios, etc.).

En este punto se hace preciso señalar, de entrada, que el Real Decreto-Ley, aun considerado en su función o valor de ley ordinaria, carece por completo de aptitud constitucional para otorgar ninguna clase de competencia a las Comunidades Autónomas: estas tendrán, en la materia de que se ocupa aquél, las que resulten de sus Estatutos.

La precedente conclusión obliga a estimar que las competencias autonómicas reconocidas en el Real Decreto-Ley son, todas ellas, derivación de la que todos los Estatutos asumen, en coherencia con lo dispuesto en el art. 148.1.21.^a de la Constitución, en materia de «*sanidad e higiene*», contemplada, en el caso concreto de La Rioja, como de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado (art. 9.5 del Estatuto para La Rioja). Tal conclusión, a juicio de este Consejo Consultivo, puede y debe ser asumida como correcta, al menos por siguientes razones:

a) La legislación sanitaria, tanto anterior como posterior a la Constitución, incluye la regulación de las oficinas de farmacia dentro del régimen de la sanidad. Así resulta de la base 16.^a de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944, de la Ley General de Sanidad de 1986 y también de la Ley del Medicamento de 1990, las cuales, no sólo incardinan la regulación de las oficinas de farmacia dentro de la sanidad, sino que, además, prevén que la ordenación de las mismas se realice dentro del marco de la planificación sanitaria.

Comunidad Autónoma de Aragón pudo asumir, y de hecho asumió, la competencia en materia de "sanidad e higiene", materia dentro de la cual está incluida la que es objeto de la orden recurrida (delegación de la Comunidad en el Colegio de Farmacéuticos de las autorizaciones, cesiones, traspasos y traslados de oficinas de farmacia), que no puede subsumirse dentro de lo que el art. 149.1.16ª define como bases y coordinación general de la sanidad».

Todo ello conduce a estimar como razonable la interpretación acogida por el Real Decreto-Ley, que es, por así decir, «de ida y vuelta»: el régimen de las oficinas de farmacia ha de entenderse incluido en la materia «sanidad», lo que justifica, tanto la competencia autonómica (amparada en el título «sanidad e higiene», recogido en todos los Estatutos), cuanto la estatal para establecer las bases de aquél (amparada en el título «bases y coordinación general de la sanidad», recogido en el art. 149.1.16ª de la

, la eventual inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 11/1996 por vulneración de lo dispuesto para esta modalidad normativa en el artículo 86 de la Constitución para nada afectaría a la norma autonómica. Otra cosa es que, a juicio de este Consejo Consultivo, dicha eventualidad -que ha de considerarse seriamente- aconseje prescindir, en el texto del Decreto autonómico (al menos en su parte dispositiva), de cuantas alusiones o citas literales se contienen del Real Decreto-Ley 11/1996.

Tercero

Observaciones al concreto texto propuesto

A) El título del proyecto de Decreto tal vez no resulte el más adecuado ya que no

se trata de la asunción de unas competencias en materia sanitaria que hasta ahora no tuviese la Comunidad Autónoma de La Rioja, sino de atribuir las a concretos órganos administrativos regulando ciertos aspectos de su ejercicio.

B) El Consejo Consultivo estima inadecuados los términos en que se manifiesta el artículo 1. b) del proyecto de Decreto pues, al establecer que a la Dirección General de Salud y Consumo compete “ordenar, con carácter general o especial, los horarios de farmacia, los turnos de guardia, los servicios de urgencia y los de vacaciones”, parece atribuir al Director General una potestad reglamentaria de la que, desde luego, carece (cfr. art. 52 de la Ley 3/1995, de 8 de marzo, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja). Dicha potestad ha de corresponder al Consejo de Gobierno, mediante Decreto, en cuanto se trate de establecer la ordenación general del régimen de horarios a que alude el art. 3 (al tratarse de un desarrollo reglamentario de la legislación básica del Estado; cfr. art. 23 g) de la Ley 3/1995) o, en otro caso, al Consejero (art. 35. c) de la Ley 3/1995). Queda a salvo la facultad del Director General para resolver las concretas cuestiones de horario a que se refiere el art. 4 del proyecto de Decreto y también, desde luego, para proponer al Consejero y, a través del él, en su caso, al Consejo de Gobierno, las ordenaciones generales o particulares del horario de las farmacias que tenga por conveniente al interés público.

C) En la medida en que el Real Decreto-Ley 11/1996 haya de estimarse vigente y válido y, por tanto, determinador de ciertas bases o normas básicas en materia de sanidad que vinculan a la Comunidad Autónoma, condicionando su competencia, estima este Consejo Consultivo que debiera darse una redacción más matizada del texto propuesto por el proyecto de Decreto para hacer efectivo el derecho de los farmacéuticos a ampliar los horarios mínimos. Nos parece que, en su actual redacción, el texto presentado pudiera ser susceptible de interpretaciones más restrictivas del régimen de libertad de ampliación de horarios contemplado en el art. 4.3 del Real Decreto-Ley 11/1996, interpretaciones que llevarían a convertir en autorización administrativa lo que

D) En orden a la seguridad jurídica, este Consejo Consultivo advierte la falta de referencias en el proyecto de Decreto al régimen procedimental que deban seguir las solicitudes de traslado y transmisión de oficinas de farmacia, en las que, por delegación, ha venido siendo competente el Colegio Oficial de Farmaceúuticos.

E) En cuanto a la conveniencia de eliminar en el proyecto las referencias al Decreto-Ley 11/1996, nos remitimos a lo indicado al final del anterior fundamento jurídico de este dictamen.

CONCLUSIONES

Primera.- Al amparo del artículo 9.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, el Gobierno de La Rioja tiene competencia para dictar el Decreto cuyo proyecto ha sido remitido, para dictamen, a este Consejo Consultivo.

Segunda.- El proyecto de Decreto objeto del presente dictamen se estima ajustado a Derecho, excepción hecha de lo dispuesto en su artículo 1. b) y sin perjuicio de las restantes observaciones efectuadas en el fundamento jurídico tercero de este dictamen.

Tercera.- Este Consejo Consultivo recomienda la supresión, en el texto definitivo de Decreto autonómico que pueda aprobar el Consejo de Gobierno, de las referencias literales al Real Decreto Ley 11/1996, al tener dudas razonables sobre la viabilidad constitucional de la fórmula adoptada para dar a sus soluciones rango o valor de Ley.

Este es nuestro dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y

fecha señalados en el encabezamiento.