

Id Cendoj: 28079130072007101354
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 8761/2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PROCESO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES x
- x PRINCIPIO DE IGUALDAD x
- x APERTURA (OFICINAS DE FARMACIA) x
- x VALORACIÓN DE MÉRITOS x
- x MEDICAMENTOS x

Resumen:

Planificación farmacéutica en Andalucía. Decreto 353/2003. Derechos fundamentales. Infracción del artículo 14 (principio de igualdad). Vulneración existente. Concurso para la adjudicación de oficinas de farmacia. Superior valoración de la práctica profesional realizada en oficinas de farmacias, frente a los farmacéuticos que prestaron servicios relacionados con los medicamentos en otros establecimientos o instituciones.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Diciembre de dos mil siete.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 8761/2004 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FARMACÉUTICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA (**SEFAP**), representada por la Procuradora doña Estrella Marín Ceres, contra la sentencia de 30 de julio de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (dictada en el recurso contencioso- administrativo núm. 172/2004).

Siendo parte recurrida la JUNTA DE ANDALUCÍA, representada por la Letrada de sus servicios Jurídicos; y habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

"FALLO:

Desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por la Sociedad Española de Farmacéuticos de Atención Primaria (**SEFAP**) contra los particulares del Anexo II "Baremo de Méritos", del Decreto 353/03, de 16 de Diciembre, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, referidos al apartado "Ejercicio Profesional", en cuanto establecen, en el marco del procedimiento concursal para la autorización de apertura de nueva oficina de farmacia, que el ejercicio en oficina de farmacia como titular, regente, sustituto o adjunto en los últimos diez años, se valorará a razón de 0,8 puntos por año, hasta un máximo de 8 puntos, en tanto que en el ejercicio como farmacéutico en otras modalidades profesionales relacionadas con los medicamentos lo será a razón de 0,3 puntos por año, hasta un máximo de 2,5 puntos; y sin costas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE

FARMACÉUTICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA (**SEFAP**) promovió recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, la recurrente presentó su escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba con este Suplico a la Sala:

"(...) se sirva dictar Sentencia por la que se estime el presente recurso, se case la Sentencia recurrida, y se resuelva de conformidad a las argumentaciones establecidas en los motivos de casación formulados en el cuerpo del presente escrito y de las pretensiones de la demanda".

CUARTO.- En el trámite de oposición que le fue conferido la representación de la JUNTA DE ANDALUCÍA, pidió:

"(...) inadmita, o, subsidiariamente y en todo caso, desestime dicho recurso, confirmando la sentencia impugnada".

QUINTO.- El MINISTERIO FISCAL, en el trámite que le fue conferido, ha realizado alegaciones en las que sostiene que procede declarar no haber lugar al recurso de casación.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 12 de diciembre de 2007 .

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso de instancia fue iniciado por la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FARMACÉUTICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA (**SEFAP**), por los trámites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, mediante recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el *Decreto 353/2003, de 16 de diciembre, de la Junta de Andalucía* , por el que se establecen la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia.

Los derechos fundamentales cuya vulneración fue invocada en dicho proceso son los reconocidos en los *artículos 14 y 23 de la Constitución (CE)*.

Para ello la demanda combatió específicamente la superior valoración del mérito por ejercicio profesional que, según lo establecido en el Baremo de Méritos, se otorgaba al farmacéutico que lo hubiera realizado en una oficina de farmacia, frente a aquel otro que hubiera llevado a cabo "otras modalidades profesionales relacionadas con los medicamentos".

Esa distinta valoración, en el entender de la asociación demandante, comportaba una discriminación injustificada porque, si se tomaban en consideración los principales cometidos de una y otra, no había razones de peso para apreciar diferencias sustanciales entre esas dos modalidades de ejercicio profesional que correspondían a los farmacéuticos.

Se denunciaba especialmente que con esa diferenciación, en lo que hace a la posibilidad de obtener la adjudicación de una nueva oficina de farmacia, resultaban muy perjudicados los farmacéuticos que prestaban sus servicios "en los Servicios Farmacéuticos de Área de Salud", y para llamar la atención sobre la falta de justificación de tales diferencias se aducía que estos últimos farmacéuticos habían superado un proceso de selección para el ingreso en la función pública y desempeñaban "como mínimo las mismas funciones de dispensación que el farmacéutico de oficina de farmacia".

Con base en esa idea principal el suplico de la demanda pidió:

"sentencia estimatoria (...) declarando la nulidad del apartado 1) "Ejercicio profesional" del Anexo II del Baremo de méritos del *Decreto 353/2003, de 16 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía* ".

En ese controvertido *Decreto 353/2003 de la Junta de Andalucía, su Anexo II* directamente impugnado guardaba relación con lo establecido en sus *artículos 11.1 y 14* , y el tenor literal de aquel y

estos era éste:

"Artículo 11 . Convocatoria

1. Las oficinas de farmacia se adjudicarán mediante convocatoria por concurso público, de acuerdo con el procedimiento y valoración de méritos académicos, formación postgraduada y experiencia profesional recogidos en el presente Decreto.

Artículo 14 .

Baremo de méritos

1. En el baremo aplicable a los concursos para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia se tendrán en cuenta aquellos méritos que se deriven de la valoración del expediente académico, formación postgraduada y experiencia profesional.

2. Los conocimientos académicos, formación postgraduada y experiencia profesional que se tendrán en cuenta en la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia y su valoración, así como los criterios para el desempate en caso de igualdad en la puntuación, serán los que se recogen en el Anexo II del presente Decreto.

ANEXO II

BAREMO DE MÉRITOS

1. Ejercicio profesional

a) Ejercicio en oficina de farmacia como titular, regente, sustituto o adjunto en los últimos 10 años: 0,8 puntos/año hasta un máximo de 8 puntos.

b) Ejercicio como farmacéutico en otras modalidades profesionales relacionadas con los medicamentos: 0,3 puntos/año hasta un máximo de 2,5 puntos.

c) En el caso de méritos por ejercicio profesional coincidentes en el tiempo, el solicitante deberá optar por uno de ellos, pudiéndolo hacer por el que reporte mayor puntuación.

La sentencia que se recurre en esta casación desestimó el recurso jurisdiccional planteado en el proceso de instancia.

Sus razonamientos, expuestos aquí en lo esencial, fueron que el *artículo 23 CE* era aquí inaplicable, porque las farmacias eran establecimientos privados, y tampoco había motivos para apreciar la infracción del principio de igualdad del *artículo 14 CE* .

Para descartar esta última infracción comparó a los profesionales farmacéuticos de las oficinas de farmacia con los farmacéuticos destinados en centros asistenciales de atención primaria y, tras ese contraste, hizo esta declaración:

"No ofrece duda la inexistencia de la identidad fáctica necesaria para que hubiera lugar a la infracción del principio de igualdad".

SEGUNDO.- El actual recurso de casación lo ha interpuesto también la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FARMACÉUTICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA (**SEFAP**), invocando en su apoyo tres motivos, todos ellos amparados en la *letra d) del artículo 88.1 de la Ley* jurisdiccional -LJCA-.

El primero denuncia la inaplicación de los *artículos 1 y 3.2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia* , la errónea interpretación del *artículo 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad* y la jurisprudencia expresada en la sentencia de 20 de mayo de 2002 de la Sección Cuarta de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo .

El segundo censura la inaplicación o errónea aplicación del *artículo 87 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento* .

El tercero aduce la infracción, por errónea interpretación, del *artículo 14* de la Constitución y la

"Jurisprudencia aplicable" (se cita especialmente la sentencia número 281/1993, de 27 de septiembre, del Tribunal Constitucional).

A través de esos tres motivos se reitera la discriminación que fue denunciada en el proceso de instancia y se reprocha a la sentencia recurrida que no haya declarado la vulneración del principio de igualdad de *artículo 14 CE* que fue invocada con base en aquella denuncia.

La idea básica del recurso de casación es que la sentencia recurrida se equivoca cuando, a los efectos de pronunciarse sobre la procedencia o no de aplicar el principio de igualdad, no considera situaciones de sustancial identidad a las representadas por esas dos modalidades de ejercicio profesional que compara; esto es, la realizada por un farmacéutico en una oficina de farmacia y la que lleva a cabo un farmacéutico que desarrolla su actividad profesional en centros asistenciales de atención primaria.

Para completar ese principal argumento, se señala que la esencial similitud de ambas modalidades de ejercicio profesional resulta de lo que aparece dispuesto en esos *artículos 1 y 3.2 de la Ley de la Ley 16/1997 de Oficinas de Farmacias, 103.2 de la Ley 14/1986 General de Sanidad y 87 de la Ley 25/1990 del Medicamento* (en el momento de aprobarse la norma reglamentaria que es objeto de impugnación).

Se insiste en la configuración de las oficinas de farmacia como establecimientos privados de interés público que aparece en ese *artículo 1 de la Ley 16/1997* .

Y se recuerda también la jurisprudencia que ha subrayado el intervencionismo administrativo que rige en esta materia por razón de los intereses públicos presentes y, con ese punto de partida, ha calificado la actividad de asistencia farmacéutica de "servicio público impropio" o de "servicio de interés público", y ha declarado así mismo que, en lo que hace a la autorizaciones administrativas de apertura de oficinas de farmacia, es esencial el respeto a los principios de objetividad, transparencia e igualdad.

TERCERO.- El planteamiento que ha quedado expuesto pone de manifiesto que lo que en esta casación ha de resolverse es si, desde la perspectiva del principio constitucional de igualdad (*artículo 14 CE*), resulta justificada la diferente puntuación o valoración que en el Baremo de Méritos aquí controvertido se aplica al mérito consistente en el "Ejercicio profesional" como farmacéutico. Diferente puntuación que opera, como se ha dicho, según se trate de la actuación en una oficina de farmacia como titular, regente, sustituto o adjunto, en un caso, y de los servicios de farmacéutico relacionados con los medicamentos, pero no realizados en una oficina de farmacia, en el otro.

La búsqueda de una solución a la cuestión que acaba de apuntarse debe partir de estas premisas: (a) el supuesto de hecho que impone esa aplicación de unas mismas consecuencias jurídicas que comporta el principio *constitucional de igualdad está representado por dos o más situaciones que, entre sí, presenten una coincidencia absoluta o una sustancial identidad en sus elementos o aspectos principales*; (b) la validez *constitucional del diferente trato jurídico dispensado a dos situaciones* exige, para que resulte procedente, no sólo que tenga un soporte objetivo que lo explique, sino también que responda a una finalidad clara y legítima, y que para la consecución de esta finalidad la diferencia de trato dispuesta resulte ser una medida razonablemente necesaria y proporcional; y (c) incumbe a la Administración que establezca ese diferente trato la carga de acreditar los hechos y las razones que son necesarios para cumplir debidamente con el obligado canon de constitucionalidad.

En el caso aquí enjuiciado la Administración no ha cumplido con esa carga que le incumbe. No lo ha hecho en sus alegaciones efectuadas a lo largo del proceso, que se han limitado a afirmar en términos genéricos que las situaciones son diferentes; y tampoco la lectura total de ese controvertido *Decreto 353/2003, de la Junta de Andalucía* , permite comprobar cuales son las razones y la finalidad perseguida en esos dos sistemas de puntuación del ejercicio profesional como farmacéutico que aquí son combatidos.

Como apoyo y desarrollo de lo que acaba de concluirse debe añadirse lo siguiente:

1.- El *Decreto 353/2003* , en lo que se refiere a la práctica profesional realizada en una oficina de farmacia, valora por igual al titular, al regente, al sustituto y al adjunto, con lo que deja claro que la faceta que considera dentro de dicha práctica es la de profesional sanitario y no los aspectos económicos o empresariales de dicha oficina.

2.- Los cometidos de profesional sanitario que han de tenerse en cuenta en esas dos modalidades de ejercicio como farmacéutico son los que aparecen en la normativa reguladora de esta materia, constituida (en el momento en que se dictó la disposición impugnada) por la *Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia* , la *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad* y la *Ley*

25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento .

Por tanto, este es un dato jurídico y no fáctico, analizable y revisable en la actual casación.

3.- Esas normas ponen de manifiesto que los cometidos esenciales desarrollados en una oficina de farmacia son la adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios, la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales y la información y el seguimiento del tratamiento farmacológico a los pacientes (*art. 1 de la Ley 16/1997*).

Que las funciones de custodia, conservación y dispensación de los medicamentos aparecen legalmente atribuidas, además de a las oficinas de farmacia, también a los servicios de farmacia de los hospitales, de los Centros de Salud y de las estructuras de Atención Primaria del Sistema Nacional de Salud, para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los que exijan una particular vigilancia, control o supervisión (*artículo 103 de la Ley 14/1986*).

Que aquellos cometidos esenciales de las oficinas de farmacia antes señalados son coincidentes con las funciones que con carácter general son reguladas y consideradas para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria (*artículo 87 de la Ley 25/1990*).

Y que esos mismos cometidos figuran asignados a los servicios o unidades de farmacia hospitalaria (*artículo 91 de esa misma Ley 25/1990*).

4.- Lo anterior pone de manifiesto que, en aspectos muy esenciales de sus cometidos, hay una coincidencia entre los farmacéuticos que trabajan en una Oficina de Farmacia y los que realizan otra modalidad profesional relacionada con el medicamento.

5.- La Administración no ha precisado cuáles son los concretos aspectos de la práctica profesional de los farmacéuticos que trabajan en oficinas de farmacia que, por darse sólo en ellos o con un alcance diferente, ha tenido en cuenta para atribuir en los concursos de adjudicación de esas oficinas una superior valoración a dicha práctica frente a la que acrediten los farmacéuticos que hayan realizado otra modalidad profesional también relacionada con los medicamentos.

No ha aclarado cuál es la concreta finalidad, conectada con el mejor funcionamiento de la oficina de farmacia, que persigue lograr con esa mayor valoración.

Y tampoco ha ofrecido una explicación del criterio que ha seguido para valorar con tan acusada diferencia (0,8 puntos por año frente a 0,3, y dos maneras distintas de calcular el máximo) esas dos modalidades de practica profesional que son consideradas.

CUARTO.- Al ser fundada, por todo lo antes razonado, la infracción del *artículo 14* de la Constitución denunciada en el recurso de casación, procede la estimación de este, la anulación de la sentencia recurrida y la estimación también del recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia.

Esta última estimación debe quedar limitada a la nulidad que se reclamó en la demanda formalizada en ese proceso de instancia, pero con la siguiente aclaración. Que esta Sala no puede determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos que sustituyan a la disposición anulada (*artículo 71.2 de la LJCA*), por lo que, sin perjuicio de la observancia del principio de igualdad a que viene obligada en los términos que antes se expusieron, corresponde a la Administración demandada ejercitar libremente su potestad reglamentaria y decidir como ha de ser la disposición que sustituya a la que ha sido anulada.

QUINTO.- En cuanto a costas procesales, no concurren las razones previstas en el *artículo 139.1 de la LJCA* para hacer una especial imposición de las correspondientes al proceso de instancia; y de conformidad con lo establecido en el apartado 2 de ese mismo precepto procesal, cada parte abonará las suyas en las que correspondan al recurso de casación.

FALLAMOS

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FARMACÉUTICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA (**SEFAP**) contra la sentencia de 30 de julio de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 172/2004), y anular dicha resolución a los efectos de lo que se declara a continuación.

2.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia y anular, por no ser conforme a Derecho, el apartado "1. Ejercicio profesional" del Baremo de Méritos que figura en el Anexo II del *Decreto 353/2003, de 16 de diciembre, de la Junta de Andalucía*, por el que se establecen la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia.

3.- No hacer especial imposición sobre las costas del proceso de instancia, ni sobre las correspondientes al recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.