

La Sala Tercera del Tribunal Supremo estudia y resuelve recurso de casación interpuesto por la Sociedad Española de Farmacéuticos de Atención Primaria (SEFAP) contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, de 30 de julio de 2004, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquella Sociedad contra el Anexo II, «Baremo de méritos», del Decreto 353/03 de 16 de diciembre, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por lo que respecta a la valoración del ejercicio profesional en oficina de farmacia frente a otras modalidades profesionales relacionadas con el medicamento.

Declara haber lugar al recurso de casación estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto y anula el apartado 1 del «Baremo de Méritos» por no ser conforme a Derecho, sin hacer especial imposición de costas.



## Valoración de los años de ejercicio profesional en el baremo de méritos para los concursos de acceso a oficinas de farmacia.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada falló desestimando el recurso interpuesto por la SEFAP contra el «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 establecía, en el marco del procedimiento concursal para la autorización de una nueva oficina de farmacia, que el ejercicio en oficina de farmacia como titular, regente, sustituto o adjunto en los últimos diez años se valoraría a razón de 0,8 puntos por año hasta un máximo de 8 puntos, en tanto que el ejercicio como farmacéutico en otras modalidades profesionales relacionadas con el medicamento lo sería a razón de 0,3 puntos por año hasta un máximo de 2,5 puntos. La representación de la SEFAP promovió recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se aceptó, señalándose para votación y fallo el 12 de diciembre de 2007.

ANÁLISIS JURÍDICO DE **JOSEP M. SUÑÉ ARBUSSÀ** CATEDRÁTICO JUBILADO DE LEGISLACIÓN FARMACÉUTICA. FACULTAD DE FARMACIA. UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

## Comentario

LA UTILIZACIÓN DE BAREMOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CUALQUIER TIPO DE CONCURSO ES SIEMPRE DISCUTIBLE EN SU ELABORACIÓN y difícil en su aplicación por parte de los tribunales juzgadores, por lo que las impugnaciones son frecuentes y de muy difícil resolución favorable. Las dudas y la discusión empiezan en la concepción del propio baremo, que en numerosas ocasiones se discute desde su concepción y publicación. Es entonces, en realidad, cuando puede tener algún resultado la impugnación.

Es el caso de la sentencia que se comenta por la resolución en casación por el Tribunal Supremo de la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la SEFAP contra ciertas puntuaciones contenidas en el baremo para la evaluación de méritos en los concursos para nuevas oficinas de farmacia, en el que se calificaba con 0,8 puntos por año de ejercicio en oficina de farmacia hasta un máximo de 8 puntos y sólo 0,3 puntos por

año en «otro ejercicio profesional relacionado con el medicamento», hasta un máximo de 2,5.

A simple vista e incluso a los ojos de un profano en la materia, sorprende que el máximo evaluable en el primer caso sea de hasta diez años mientras que en el segundo sea de poco más de ocho: ¿en qué puede basarse la diferencia, que en el texto del baremo no se justifica? Menos explicable aún es la diferencia de puntuación de 8 a 0,3 puntos, que no se justifica en parte alguna, en especial para modalidades de ejercicio tan comparables como la de farmacéutico de hospital y más todavía la de farmacéutico de atención primaria.

El Tribunal Supremo estima que no se ha establecido la necesaria y proporcional medida que avale la diferencia entre el trato dado a ambos supuestos de ejercicio profesional, que por supuesto no es el aspecto económico o empresarial, puesto que puntúa por igual al farmacéutico titular, al regente, al sustituto y al adjunto que si en algo pueden coincidir es en las funciones de

dispensación comunes con las de otras modalidades profesionales: es decir, son funciones coincidentes. La Administración no ha precisado qué aspectos profesionales no se dan o sí se dan pero con diferente alcance en unas y otras para que justifique la abismal diferencia de puntuación aplicable.

Todo ello conduce lógicamente a que el Tribunal Supremo anule la sentencia recurrida sin que la Sala pueda determinar la corrección del baremo, que no es su función. Ésta se limita a señalar que es la Administración la que debe ejercer la potestad reglamentaria de darle nuevo redactado pero con la «observación del principio de igualdad a que viene obligada».

Quedamos, pues, a la espera de la modificación del baremo que ha de efectuar la Junta de Andalucía y confiamos en que ésta sea lo más acertada posible y deje satisfechos a partidarios y detractores de la diferencia o equiparación de las diferentes modalidades de ejercicio profesional a efectos de su evaluación para concursos. ■

## Fundamentos de derecho

La Administración no ha precisado qué aspectos de la práctica profesional farmacéutica sólo se dan en la oficina de farmacia o se dan en ella con alcance diferente para atribuirle superior valoración en los concursos de adjudicación de oficinas de farmacia

EL PROCESO SE INICIÓ POR LA SEFAP POR LOS TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA, mediante recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 353/2003 de 16 de diciembre, de la Junta de Andalucía, por el que se establece la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia. Se invoca la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 y 23 de la Constitución Española.

La demanda combate específicamente la valoración superior del mérito profesional que establece el «Baremo de méritos» al farmacéutico que lo hubiera merecido por su ejercicio en una oficina de farmacia frente al que lo hubiera merecido por ejercer «otras modalidades profesionales relacionadas con los medicamentos» por comportar una «discriminación injustificada» teniendo en cuenta «los principales cometidos de una y otra», que no presenta razones de peso para «apreciar diferencias sustanciales» entre las dos modalidades de ejercicio profesional. En especial se incidió en que «resultaban muy perjudicados los farmacéuticos que prestan sus servicios en los servicios farmacéuticos de Área de Salud y se aduce que estos últimos «han superado un proceso

de selección para el ingreso en la función pública» y desempeñan como mínimo «las mismas funciones de dispensación que el farmacéutico de oficina de farmacia». La sentencia recurrida desestima el recurso estimando la inaplicabilidad del art. 23 CE porque las farmacias, dice, son establecimientos privados y no existen motivos para apreciar la infracción del principio de igualdad del art. 14 CE porque «no ofrece duda la inexistencia de la identidad fáctica necesaria para que hubiera lugar a la infracción del principio de igualdad».

El recurso de casación lo apoya la SEFAP en la inaplicación de los art. 1 y 3.2 de la Ley 16/1997 de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia y la errónea interpretación del art. 103.2 de la Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad y la Sentencia de 20 de mayo de 2002 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo; la errónea aplicación del art. 87 de la Ley 25/1990 de 20 de diciembre, del Medicamento, y la errónea interpretación del art. 14 CE y la jurisprudencia aplicable (Sentencia 281/1993, de 27 de septiembre, del Tribunal Constitucional). Se reitera la discriminación denunciada en el proceso de instancia y se reprocha que la Sentencia no haya declarado la vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE. Se

insiste en la configuración de las oficinas de farmacia como «establecimientos privados de interés público».

Entiende el Tribunal que lo que ha de resolverse es si «desde la perspectiva del principio constitucional de igualdad del art. 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». Entiende, asimismo, que incumbe a la Administración el establecimiento del diferente trato jurídico de acreditar los hechos y las razones necesarias para cumplir debidamente el obligado canon de constitucionalidad para que resulte ser una medida razonablemente necesaria y proporcional. La Administración no lo ha hecho ni en el Decreto controvertido ni en las alegaciones a lo largo del proceso, por lo que no es posible «comprobar cuáles son las razones y la finalidad perseguida en estos dos sistemas de puntuación del ejercicio profesional como farmacéutico que aquí son combatidos». En apoyo y desarrollo de lo expuesto, añade:

- El Decreto valora por igual al titular, al regente, al sustituto y al adjunto, con lo que queda claro que la faceta que considera es la de profesional sanitario y no los aspectos económicos o empresariales de la farmacia.
- Los cometidos del profesional sanitario a tener en cuenta son los de la normativa

vigente, dato jurídico y no fáctico, analizable y revisable.

- Estas normas ponen de manifiesto que los cometidos esenciales de las oficinas de farmacia son coincidentes con las funciones en la atención primaria y en los servicios de farmacia hospitalaria.
- La Administración no ha precisado qué aspectos de la práctica profesional farmacéutica sólo se dan en la oficina de farmacia o con alcance diferente para atribuirle superior valoración en los concursos de adjudicación de oficinas de farmacia, ni ha aclarado la finalidad concreta conectada al mejor funcionamiento de la oficina de farmacia, ni ha explicado el criterio seguido para la acusada diferencia de valoración.

Siendo fundada la infracción del art. 14 de la Constitución, procede la anulación de la Sentencia recurrida y la estimación del recurso contencioso-administrativo por lo que respecta a la nulidad del apartado «1. Ejercicio profesional» del Baremo de méritos del Anexo II del Decreto 353/2003 de 16 de diciembre, de la Junta de Andalucía, sin que la Sala pueda determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos que sustituyan a los anulados, lo que corresponde a la Administración demandada, que puede ejercitar libremente su potestad reglamentaria, sin perjuicio de la observación del principio de igualdad a que viene obligada. ■

El Decreto valora por igual al titular, al regente, al sustituto y al adjunto, con lo que queda claro que la faceta que considera es la de profesional sanitario y no los aspectos económicos o empresariales de la farmacia.

Quedamos a la espera de la modificación del baremo que ha de efectuar la Junta de Andalucía y confiamos en que ésta sea lo más acertada posible y deje satisfechos a partidarios y detractores de la diferencia o equiparación de las diferentes modalidades de ejercicio profesional a efectos de su evaluación para concursos

