

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008

No existe discriminación por denegar la conversión en farmacia de un establecimiento de parafarmacia

Para que exista discriminación debe existir un trato desigual no justificado pese a existir una identidad entre las situaciones que se quieren comparar.

El titular de una oficina de farmacia ha de ser licenciado en Farmacia y su actividad está sometida a una disciplina específica; sin embargo, en el caso de los establecimientos de parafarmacia, ni es necesario que el titular sea licenciado en Farmacia, ni su funcionamiento está sometido a la misma disciplina que las farmacias, ni tampoco puede dispensar medicamentos.

Por tanto, la denegación de la conversión de un establecimiento de parafarmacia en una oficina de farmacia no vulnera el principio de igualdad, al no existir la necesaria identidad de situaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La Sentencia recurrida dispone lo siguiente:

"FALLO

Desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. José Francisco, por la vía de los derechos fundamentales de la persona de los arts. 114 y ss de la Ley de la Jurisdicción, contra la resolución de 24 de enero de este año del Jefe del Servicio de Farmacia de la Dirección General de Salud Pública y Participación, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, que en relación de la petición del recurrente de 5 de enero anterior, de conversión de su oficina de parafarmacia y análisis clínicos en oficina de farmacia, determinó la "no existencia de ninguna posibilidad legal de acceder a sus pretensiones". Y sin costas."

Segundo.—Contra dicha Sentencia ha interpuesto recurso de casación el Procurador D. José Castillo Ruiz, en representación de D. José Francisco. En el escrito de interposición, presentado el 27 de diciembre de 2005 en el Registro General de este Tribunal Supremo, después de exponer los motivos que estimó oportunos, solicitó a la Sala que dicte resolución casando la recurrida, en un doble sentido:

"A) Declarando la nulidad de la sentencia impugnada, reponiendo las actuaciones al periodo de prueba, ordenando la práctica de la prueba propuesta por esta parte que fue indebidamente denegada,

B) o subsidiariamente, revocando la resolución objeto de impugnación, por no ser conforme a derecho, dictando nueva sentencia con el siguiente contenido:

Que se determine, que al amparo de la previsión recogida en el Art. 29 de la Ley General de la Seguridad Social y de la normativa contenida en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de Ordenación de Profesiones Sanitarias y el Real Decreto 1277/2003, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, se acuerde la Conversión del establecimiento de parafarmacia y análisis clínicos ubicado en Andujar (Jaén), calle Emperador Trajano, 18, del que es titular D. José Francisco, en una Oficina de Farmacia y, con ello, la posterior inscripción en el Registro correspondiente."

Por otro escrito presentado el 24 de julio de 2006 manifestó:

"Que habiendo sido dictada la resolución de la Comisión Europea ref. SG (2005) DD/203371 de 18 de julio de 2006, que acompañamos como documento n.º 1 ante la existencia de una infracción por violación de los artículos 43 y 56 del Tratado CE por parte de la regulación de la planificación farmacéutica en España y que ha de ser tomada como normativa aplicable al presente caso por LA SALA A LA QUE ME DIRIJO para dictar sentencia, solicitamos que al amparo de la previsión recogida en el art. 234 del Tratado Constitutivo de la UE, se interponga cuestión de prejudicialidad ante el TJCE."

Tercero.—Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones, en principio, a la Sección Cuarta y, posteriormente, a esta Sección Séptima, conforme a las reglas del reparto de asuntos y, por providencia de 18 de enero de 2007, se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

Cuarto.—Evacuando el traslado conferido, el Fiscal, en su escrito de alegaciones de 5 de febrero de 2007, interesó la desestimación del recurso.

Por su parte, la Letrada de la Junta de Andalucía se opuso al recurso mediante escrito, presentado el 6 de marzo de 2007, en el que solicitó a la Sala que acuerde desestimarlos en su integridad, declarando ajustada a Derecho dijo la resolución judicial recurrida.

Quinto.—Mediante providencia de 31 de enero de 2008 se señaló para votación y fallo el día 16 de julio de este año, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurrente, D. José Francisco, Licenciado en Farmacia, titular de una oficina de parafarmacia y análisis clínicos en Andújar, se dirigió el 5 de enero de 2005

a la Junta de Andalucía solicitando la conversión de su establecimiento en una oficina de farmacia. Frente a la denegación de su solicitud por resolución de 24 de enero de 2005 del Jefe del Servicio de Farmacia de la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud, interpuso, por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, recurso contencioso-administrativo sosteniendo que esa negativa le discriminaba en vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada desestimó su recurso mediante la Sentencia ahora impugnada. La razón determinante de ese fallo consistió en que no se apreciaba la existencia del trato discriminatorio afirmado por el recurrente porque no había aportado un término válido de comparación que lo pusiera de manifiesto.

Segundo.—El recurso de casación que el Sr. José Francisco ha interpuesto recoge dos motivos. El primero, sustentado en el artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, y el segundo en el apartado d) de ese precepto.

En el primer motivo el recurrente se queja de la indefensión que le produjo la inadmisión por la Sala de instancia de varias pruebas que propuso. Inadmisión debidamente impugnada en su momento y mantenida por la Sala de Granada al resolver el correspondiente recurso de súplica. Las pruebas denegadas se encaminaban a establecer el precio medio de los traspasos de oficinas de farmacia en Andalucía y el número de los traspasos y cesiones gratuitas que se habían producido en esa Comunidad desde 1997 así como de las aperturas de nuevas oficinas a consecuencia de la realización de los concursos convocados por la Junta de Andalucía. También pretendía acreditar esos extremos en el ámbito de la provincia de Jaén.

Nos dice el escrito de interposición que el sentido de esas pruebas denegadas era el de ilustrar a la Sala sobre los efectos del sistema de planificación farmacéutica vigente en Andalucía conforme al cual, según el Sr. José Francisco, "la mayor parte de las nuevas Oficinas de Farmacia adjudicadas por los concursos practicados, no tiene por destinatario a un farmacéutico que busca establecerse por primera vez, sino que son adjudicadas a aquellos farmacéuticos, ya establecidos, que han venido explotando su Oficina de farmacia durante largos años, tras lo cual la ceden gratuitamente a un familiar cercano o la traspasan obteniendo a cambio una cantidad de dinero desmedida. Y es que el número limitado de farmacias autorizadas y la evidencia para que los farmacéuticos no establecidos de forma previa de que les es imposible optar a ser titulares a una Oficina de Farmacia participando en un Concurso, provoca que las autorizaciones de farmacia tenga(n) un precio desmesurado que, sin embargo es abonado por los que quieren optar a establecerse por primera vez". Por eso, añade que "el mundo de los traspasos de Oficinas de Farmacia "constituye" un fabuloso negocio llegando a existir empresas especializadas en el traspaso". Y que "tal como están establecidos los concursos no se ha conseguido la liberalización del acceso a la profesión farmacéutica, sino el enriquecimiento de los farmacéuticos ya establecidos".

El segundo motivo explica la discriminación de la que el Sr. José Francisco sostiene haber sido víctima desde tres puntos de vista: a) en relación con los farmacéuticos titulares de una oficina de farmacia; b) en cuanto farmacéutico colegiado y respecto de los demás profesionales sanitarios; y c) en relación con los Licenciados en Farmacia establecidos en Navarra. Discriminación que se produciría en infracción de los artículos 14, en relación con el 9.2, y 23.2 de la Constitución.

Por lo que se refiere a la perspectiva a), dice el recurrente que es un farmacéutico colegiado, titular de un establecimiento de naturaleza sanitaria abierto al público en el que ejerce su profesión en virtud de las correspondientes licencias y autorizaciones y cumple los mismos requisitos y obligaciones que los farmacéuticos titulares de una oficina de farmacia. La única diferencia con estos últimos, señala, es que no ha pagado un elevado traspaso para acceder al ejercicio libre de su profesión. Y la discriminación consistiría en que, pese a cumplir análogos requisitos a los del farmacéutico titular de una oficina de farmacia, y de comercializar, al igual que éstos, productos de parafarmacia, se le prohíbe dispensar medicamentos de uso humano. Se le sitúa, pues, en una posición desventajosa con condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Todo lo cual, además de infringir los preceptos constitucionales señalados, vulnera el artículo 1.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, en la redacción que la ha dado la Ley 7/1997, de 14 de abril.

El enfoque b) expone la discriminación padecida por el Licenciado en Farmacia frente a los médicos, dentistas y veterinarios, quienes una vez obtenido el título oficial pueden ejercer su profesión, mientras que el farmacéutico no puede establecerse libremente. Sólo tiene dos opciones: pagar un traspaso de una oficina de farmacia de una cuantía descomunal o participar en los concursos de méritos convocados por la Administración. Sucede, sin embargo, que los baremos utilizados parecen pensados, más para los ya establecidos, que pueden especular traspasando su oficina por una cantidad desmedida y adquirir una nueva gratis, que para los que acceden por primera vez. Aquí ve el recurrente, también, la infracción del artículo 88 de la Ley General de la Seguridad Social, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y del artículo 4 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, que equiparan en el libre ejercicio profesional a todas las profesiones sanitarias.

Y, por lo que se refiere a la perspectiva c), alega que con la Ley foral 12/2000, de 16 de noviembre, existen dos regímenes farmacéuticos diferentes, el navarro, al que califica de aperturista porque permite al radicado en esa Comunidad obtener una concesión sin tener que pagar por un traspaso, y el vigente en el resto de España que conduce a las consecuencias expuestas. Aquí añade que esta situación es contraria al artículo 139.1 de la Constitución y que la Administración hace dejación de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.1.^a

Tercero.—La Junta de Andalucía se opone al primer motivo afirmando que la denegación por la Sala de Granada de varias pruebas propuestas por el recurrente no le ha causado indefensión ya que eran innecesarias para dirimir la controversia planteada por el recurso. Reprocha, además, al Sr. José Francisco no haber justificado que la

práctica de esas pruebas hubiese conducido a la estimación del recurso. Por otra parte, subraya que la Sala motivó la inadmisión.

Y, del segundo motivo, dice que debe inadmitirse ya que se limita a reiterar lo aducido en la demanda. En todo caso, considera que no puede prosperar ya que, tal como señala la Sentencia de instancia, no ha aportado el recurrente un término válido de comparación pues los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia no se encuentran en la misma situación que los que tienen abierto un establecimiento de parafarmacia, en el no se pueden dispensar medicamentos de uso humano.

Cuarto.—El Ministerio Fiscal propugna la desestimación del recurso.

Considera, en efecto, que las pruebas rechazadas no eran pertinentes, por lo que la decisión de la Sala de Granada no causó indefensión al Sr. José Francisco. Y que no hay la discriminación que alega porque es irrelevante la condición de farmacéutico para ser titular de una oficina de parafarmacia. Sobre ese tipo de establecimientos, dice el Ministerio Fiscal, no hay una regulación específica y no se exige una titulación determinada para ser titular de uno de ellos.

Por lo demás, explica que no hay identidad entre la situación en la que se encuentra el Sr. José Francisco y la de los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia, ni con la de los otros profesionales sanitarios referencia cuya concreción se convierte para el Ministerio Fiscal en un muro infranqueable para las pretensiones del recurrente y, en cuanto a los farmacéuticos residentes en Navarra, dice que la cuestión planteada "carece en el territorio foral navarro de cualquier regulación, siendo intrascendentes a los efectos de este recurso, las diferencias de regulación que señala".

En fin, sobre la invocación del artículo 23.2 de la Constitución, recalca que las oficinas de farmacia tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados, aunque sean de interés público. Esa circunstancia, concluye el Ministerio Fiscal, aleja del ámbito de ese precepto lo planteado en el recurso.

Quinto.—A juicio de la Sala no pueden prosperar los motivos aducidos por el Sr. José Francisco, lo que conduce a la desestimación de su recurso de casación.

En efecto, la Sala de Granada no le causó indefensión al denegar por innecesarias varias de las pruebas propuestas. El coste del traspaso de las oficinas de farmacia, el número de los habidos en Andalucía y en Jaén, en concreto, desde 1997 o el número de nuevos establecimientos de ese tipo abiertos en esos ámbito y período, puede servir para criticar el sistema vigente de adjudicación de oficinas de farmacia, pero no sirve para acreditar la discriminación de la que se queja el recurrente, ya que, efectivamente, no es la misma la posición en la que se encuentra el titular de una oficina de parafarmacia, para lo que es indiferente ser o no Licenciado en Farmacia y respecto de la que no hay una regulación ad hoc, que la del titular de una oficina de farmacia, para quien ese título es imprescindible mientras que la actividad que realiza está sometida a una disciplina específica, lo que tampoco sucede en el caso de los establecimientos de

parafarmacia en los que, por otra parte, no se pueden dispensar medicamentos para uso humano.

Consideraciones estas últimas que llevan, también, a rechazar el segundo motivo, que no juzgamos inadmisibles ya que más que limitarse a reiterar lo dicho en la instancia, debe tomarse como reproche a la Sentencia por no acoger los argumentos expuestos por el recurrente en apoyo de su pretensión.

Ahora bien, el motivo debe ser desestimado pues no se han infringido los artículos 14 y 23.2 de la Constitución ni los preceptos legales invocados por no permitir al recurrente convertir su oficina de parafarmacia en oficina de farmacia, siendo preciso señalar que, ciertamente, la oficina de farmacia no constituye un cargo o función pública el acceso y permanencia en los cuales proteja el mencionado artículo 23.2 de la Constitución. Por lo demás, la alegación de desigualdad no justificada debe ir acompañada de un término de comparación que refleje ese trato distinto e indebido que se ha dispensado al que se queja de discriminación. Sin embargo, tal como apuntó la Sentencia y reiteran, ya en este recurso de casación, la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal, el Sr. José Francisco, por las razones dichas no lo ha aportado ya que los que aduce no son válidos por no existir la identidad imprescindible, según se ha explicado entre la situación del recurrente y la del titular de una oficina de farmacia o la de los demás profesionales sanitarios a los que hace mención.

En cuanto a Navarra, el Ministerio Fiscal lo advierte con claridad, no se da en la Comunidad Foral al titular de una oficina de parafarmacia un trato diferente al que recibe en el resto de España. Por tanto, no hay infracción del artículo 139.1 de la Constitución, ni incumplimiento de su artículo 149.1.1.^a

Finalmente, cabe decir que no se considera procedente plantear la cuestión prejudicial que solicita pues el recurso de casación se contrae a resolver sobre la conformidad al ordenamiento jurídico de la Sentencia impugnada y ésta resuelve una controversia que versa, no sobre la ordenación de la profesión farmacéutica en España ni sobre el régimen de las oficinas de farmacia en nuestro país sino sobre si hubo o no discriminación en la negativa de la Junta de Andalucía a la solicitud que le dirigió el Sr. José Francisco. Dado el limitado objeto de conocimiento propio del procedimiento escogido, no cabe, por otra parte, extender el enjuiciamiento que se ha de realizar más allá de lo necesario para establecer si hubo o no trato desigual en contra de lo preceptuado por la Constitución. Así las cosas, insistimos, no procede plantear la cuestión prejudicial, lo que se ha pedido, por otra parte, ya en casación y sin precisar los términos en que debería formularse.

Sexto.—A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado la de 1.000 €. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta

Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación n.º 7096/2005, interpuesto por D. José Francisco contra la sentencia n.º 544, dictada el 17 de octubre de 2005, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada y recaída en el recurso 482/2005, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.