

III. Otras Resoluciones

Consejería de Sanidad

336 *Servicio Canario de la Salud. Dirección General de Farmacia.- Resolución de 30 de diciembre de 2009, por la que se ordena la publicación de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictada el 15 de diciembre de 2005, en el Procedimiento Ordinario 75/2002, seguido a instancia de Dña. Elena Margarita Ramón Aznar.*

Recibida, con fecha 22 de diciembre de 2009, diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ordenando la publicación de la Sentencia firme dictada con fecha 15 de diciembre de 2005, en el procedimiento ordinario 75/2002, seguido a instancia de Dña. Elena Margarita Ramón Aznar.

RESUELVO:

Primero.- Publicar en el Boletín Oficial de Canarias la Sentencia firme de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictada con fecha 15 de diciembre de 2005, en el procedimiento ordinario 75/2002, seguido a instancia de Dña. Elena Margarita Ramón Aznar, cuyo texto se adjunta a la presente Resolución.

Segundo.- Remitir un ejemplar de la presente publicación al citado Órgano Judicial.

Santa Cruz de Tenerife, a 30 de diciembre de 2009.- El Director General de Farmacia, Buenaventura Fernández San José.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas

Sección 1ª

SENTENCIA Nº

Magistrados Ilmos. Sres.:

D. Francisco José Gómez Cáceres (Presidente).
D. Jaime Borrás Moya.
D. Nicolás Martí Sánchez (Ponente).

En Las Palmas de Gran Canaria, a quince de diciembre de dos mil cinco.

Visto por la Sala el recurso nº 75/2002 en el que son partes, como demandante Dña. Elena Margarita

Ramón Aznar, representada por la procuradora Dña. Mercedes Ramírez Jiménez, asistida y dirigida por el abogado D. Javier Delgado Medina, y como demandada la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada, y asistida y dirigida por la letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, se dicta la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por Orden de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, de fecha 17 de junio de 2001, se aprueba el baremo aplicable al concurso para adjudicación de nuevas farmacias, y por resolución del Director General de Salud Pública, de fecha 21 de agosto de 2001, en aplicación de la citada Orden se convoca concurso para adjudicación de farmacias.

Segundo.- Contra dichos actos administrativos interpuso recurso contencioso-administrativo Dña. Elena Margarita Ramón Aznar, el día cuatro de octubre de dos mil uno, formalizando demanda el día veinticinco de marzo de dos mil cinco, con la pretensión de que se anulen, o subsidiariamente que se anulen los puntos que indica de la citada Orden relativos al baremo.

Tercero.- A la referida demanda se opuso la letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias con los argumentos que figuran en las actuaciones, solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- Practicada la prueba las partes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, señalándose para votación y fallo el día dieciséis del presente mes de diciembre, y se nombra ponente al Magistrado Ilmo. Sr. D. Nicolás Martí Sánchez.

Quinto.- Esta sentencia fue entregada por el ponente, para su notificación, el día veinte del presente mes de diciembre.

Sexto.- Por lo que se refiere a la cuantía del procedimiento, ha sido considerada como indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo la demandante manifiesta que la Orden de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, del día 17 de julio de 2001 que establece el baremo que ha de regir el concurso para la nueva adjudicación de farmacias (uno de los actos administrativos recurridos) “restringe, en cuanto al apartado “experiencia profesional” a los últimos 10 años de vida profesional, lo que conlleva un irreparable perjuicio ...” a la actora (apartado primero), la cual tiene una experiencia profesional pero por servicios anteriores a los diez últimos años (apartado tercero), y ello debido a que durante este período se

ha dedicado al cuidado y atención de sus cinco hijos, por lo que -manifiesta- se encuentra “discriminada como consecuencia de su maternidad” (apartado cuarto). En la demanda insiste en dichas alegaciones (hechos segundo y tercero), y en el “fundamento jurídico” cuarto expresa (párrafo primero) que impugna la mencionada Orden, y la resolución del Director General de Salud Pública del día 21 de agosto de 2001 que convoca concurso para la adjudicación de farmacias. Y pretende la anulación de los actos recurridos “por cuanto infringen el ordenamiento jurídico aplicable y vulnera el derecho fundamental invocado ...”, el cual consiste, según expone en el hecho tercero de la demanda, en encontrarse “discriminada por razón del género y como consecuencia de su maternidad”, invocando “la infracción de los artículos 14 y 30 de la CE en relación con el 53 ...”.

En el punto I del apartado del “fundamento jurídico” cuarto, que titula “infracciones del ordenamiento jurídico”, se comienza alegando que el “procedimiento de elaboración de las dos disposiciones impugnadas ... infringe ... el artículo 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOCA nº 11/1983, de 30 de abril)”, sobre elaboración de disposiciones generales. Ahora bien, todas las manifestaciones y argumentaciones realizadas a continuación a lo largo de nueve folios están dedicadas a destacar la discriminación que sufre -según expresa- “como consecuencia de su maternidad” debido a la computación como mérito sólo de los diez últimos años anteriores a la fecha de publicación del concurso, lo cual “no cumple con el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución en relación con el artículo 53.3 del mismo texto legal, y de lo que en éste se dice acerca de la actuación de los “poderes públicos”, para concluir con el siguiente párrafo a modo de síntesis: “En suma, a mi mandante se le impide el derecho a ejercer su profesión no por carecer de méritos para acceder a ella sino por ser mujer y madre de 5 hijos menores, invocándose expresamente el mandato contenido en el artículo 53.3 de la Constitución”. Y en el “suplico” pide la anulación de la citada Orden de la Consejería de Sanidad y Consumo, de fecha 17 de julio de 2001 “por ser discriminatoria de los derechos de mi representada, relativos al baremo que debe regir el concurso de adjudicación de farmacias ... en base a los artículos 14, 39 y 53 de la Constitución ...”. Y en cuanto a la Resolución del Director General de Salud Pública, del día 21 de agosto de 2001, manifiesta que “tampoco es conforme a derecho”, y por eso solicita que sea anulada “y en su lugar acuerde aplicar al referido concurso de apertura de nuevas ...” farmacias “la norma estatal contenida en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, y la baremación contenida en su normativa de desarrollo ...”. Con carácter subsidiario pide que se anule de la referida Orden y su baremo: a) en cuanto al plazo de cómputo de valoración de méritos en lo relativo a los puntos 1, 2, 3, 4 y 5 del apartado I, experiencia profesional “y por tanto la anulación del cómputo de los

méritos obtenidos en los 10 años anteriores a la fecha de publicación del correspondiente concurso”; ti) “los puntos 2.2 y 2.3 del apartado f); c) “el punto 4.3 del apartado /...” y d) “otros méritos”. Los puntos 4.1 y 4.2 del apartado II. Formación personal.

Segundo.- La misma actora interpuso recurso por el procedimiento especial de amparo judicial regulado en el capítulo I del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, contra la citada Orden de 17 de julio de 2001. Los argumentos y fundamentos utilizados en dicho recurso coinciden con los expuestos en la demanda del presente recurso, y se pidió la anulación de dicha Orden por ser discriminatoria para la recurrente por infracción de los artículos 14, 39 y 53 de la Constitución o, subsidiariamente, la anulación de los apartados y puntos del baremo que, con igual carácter subsidiario, pide en el presente recurso, relacionados en el último párrafo del precedente fundamento de Derecho de esta sentencia. Pues bien, el mencionado recurso, del que conoció la Sección 2ª de esta Sala, fue desestimado por sentencia de fecha 3 de noviembre de 2004. La sentencia se centra en la alegada vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución por parte del baremo impugnado, al limitar a los diez años anteriores al concurso el cómputo de los méritos por vida profesional. Argumenta a este respecto que sólo puede ser objeto de dicho procedimiento especial la vulneración de un derecho fundamental, que en este caso sería el del artículo 14 de la Constitución, pero no lo dispuesto en los artículos 39 y 53 de la misma. Y en relación con este aspecto del recurso manifiesta la mencionada sentencia del día 3 de noviembre de 2004 “que no se aprecia por esta Sala esa supuesta vulneración del derecho a la no discriminación en la computación de los méritos de experiencia profesional de tan solo los diez últimos años” (párrafo primero del fundamento de Derecho sexto). Tal conclusión tiene su apoyo en los argumentos vertidos con detalle en el resto del propio fundamento de Derecho sexto, complementados con una también minuciosa argumentación sobre la inexistencia de discriminación inconstitucional en los puntos y apartados del baremo que se especificaban en la demanda (los mismos relacionados en la petición subsidiaria contenida en el “suplico” de la demanda del presente recurso). Dichos argumentos son expuestos en los fundamentos de Derecho séptimo y octavo, de sobra conocidos por las partes intervinientes en este recurso (las mismas que en el resuelto por la Sección 2ª), por lo que basta la remisión a dichos fundamentos para considerar debidamente cumplido en esta sentencia el requisito de la motivación.

En cuanto a la alegada vulneración por el susodicho baremo de los artículos 39 y 53.3 de la Constitución, cuestión ajena al procedimiento especial de amparo judicial por no afectar a los derechos fundamentales

contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución -artículos del 15 al 29, ambos inclusive- y en el artículo 14 (artículo 53.2 de la Constitución), la citada sentencia de 4 de noviembre de 2004 da respuesta a tal cuestión en el ámbito que se lo permite dicho procedimiento especial. Tras exponer que no son preceptos relativos a derechos fundamentales susceptibles de protección por el procedimiento especial, se hace la siguiente consideración: “el artículo 39 constituye una previsión o principio de naturaleza programática dirigido por el constituyente a los poderes constituidos pero no es derecho catalogado de fundamental, ni siquiera una norma de directa aplicación” (penúltimo párrafo del fundamento de Derecho cuarto). Por lo que respecta al artículo 53, en su apartado 1 contiene una reserva de ley para la regulación del ejercicio de tales derechos fundamentales, sin que en la demanda se alegue que en el caso del baremo contenido en la Orden recurrida se haya producido alguna vulneración de esos derechos, sin que tampoco aparezca aducido un concreto desconocimiento de los principios reconocidos en el capítulo III del mismo Título (entre los que se encuentra el del artículo 39: protección social, económica y jurídica de la familia).

Tercero.- Consecuencia de lo hasta aquí expuesto sería que el recurso debía ser desestimado toda vez que el contenido del mismo se circunscribe a cuestiones relativas a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución, materia ya resuelta en el procedimiento especial sin que en el presente recurso se hayan planteado otras cuestiones nuevas relativas a ese punto.

En la demanda se pretende la anulación de los actos administrativos recurridos por ser discriminatorios para Dña. Elena Margarita Ramón Aznar con base en los citados artículos 14, 39 y 53 de la Constitución (así lo manifiesta de manera expresa y concreta en el “suplico”). Ciertamente pide la anulación de tales actos administrativos (Orden que aprueba baremo para concurso de adjudicación de farmacias, y Resolución que convoca concurso en el que se aplicará dicho baremo); pero pide su anulación no porque carezcan de la necesaria cobertura legal desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, como podría ser que la Comunidad Autónoma, o el Consejero de Sanidad y Consumo, no tuvieran competencia para establecer un baremo como el que es objeto del recurso, u otra cuestión de naturaleza similar. Pretende la anulación por la citada vulneración del mencionado derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, estado o “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Y como esto no ocurre con los actos administrativos recurridos no resulta de aplicación al caso lo resuelto por esta Sala en la sentencia de fecha 11 de febrero de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 461/2004 que declaró nula la mencionada Orden del Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, de fecha 17 de julio de 2001

con base en el argumento utilizado para ello: la falta de competencia del Consejero, cuestión y planteamiento que no figuran en la demanda ni sobre la que giró el debate.

Al principio del citado apartado I del “fundamento jurídico” cuarto de la demanda encabezado con el rótulo “infracciones del ordenamiento jurídico”, se alega que en el “procedimiento de elaboración de las dos disposiciones impugnadas se infringe ... el artículo 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias” porque la remisión de meras fotocopias sin compulsar, la ausencia de folios del expediente sobre el concurso de méritos para instalación de nuevas farmacias, y la convocatoria de una reunión de la que no consta resultado constituyen un modo de proceder que “conculca los criterios de transparencia, acierto, legalidad y oportunidad que para la actuación de la Administración establece el ordenamiento jurídico” y de tal alegación se saca la conclusión de que no se fundamenta el contenido del baremo en los puntos señalados por la actora, como lo de valorar la experiencia de los últimos diez años, y otros aspectos del baremo, que impugna, teniendo en cuenta que si bien toda discriminación por sí misma no es inconstitucional, sí es inconstitucional la ausencia de una razón lógica que explique porqué se utiliza un criterio y no otro.

Mas estas alegaciones no constituyen en sí mismas un fundamento de la petición de nulidad formulada en la demanda. El corolario que se extrae de ellas en la propia demanda es que da un trato desigual a la demandante. Y que esto no es así figura argumentado con detalle y solidez en los fundamentos de Derecho sexto y séptimo de la citada sentencia de la Sección 2ª, de fecha 3 de noviembre de 2004, relativos a la esencia del debate, que radica en si el baremo conculca o no el derecho fundamental a la igualdad.

Cuarto.- Ahora bien, en el recurso contencioso-administrativo nº 461/2004 esta Sala dictó sentencia el día 11 de febrero del actual año 2005 que anuló la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias de fecha 17 de julio de 2001 que estableció el baremo que ha de regir el concurso de nueva adjudicación de farmacias (la Orden que es objeto del presente recurso).

La petición principal que la actora realiza en la demanda es precisamente la de que se anule dicha Orden. Y si bien fundamenta la pretensión es que la misma viola los artículos 14, 39 y 53 de la Constitución, al no existir ya la referida Orden como consecuencia de su anulación por la citada sentencia, carece de objeto en este momento el presente recurso contencioso-administrativo. Mas dado el estado en que se encuentra el procedimiento lo que procede es estimar la demanda, sin ninguna otra declaración por cuanto la demandante sólo pide la susodicha anulación, pero no

el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, llevando consigo la nulidad de la Orden la de la Resolución del Director General de Salud Pública de fecha 21 de agosto de 2001, de ejecución de la orden anulada.

Quinto.- No se aprecia la concurrencia de circunstancias determinantes de una condena en costas.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala decide:

Primero.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dña. Elena Margarita Ramón Aznar contra la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, de fecha 17 de julio de 2001 y contra la Resolución del Director General de Salud Pública, de fecha 21 de agosto de 2001, descritas en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, anulándolas.

Segundo.- No condenar en costas.

Por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.