

SENTENCIA T.S. 8-II-94: FARMACIAS. VACACIONES

Resumen:

Vacaciones. Cierre de oficinas de Farmacia. Distribución de turnos.

Extracto:

Aun cuando no ha comparecido ante esta Sala la representación de los apelantes señores O.S. y otros, no procede declarar desierta su apelación, con imposición de costas, según previene el artículo 9.4 de la Ley 62/1978, sino indebidamente admitida, con arreglo al apartado 2 del mismo precepto, al no haberse preparado mediante escrito razonado.

Desde la perspectiva constitucional del respeto al principio de igualdad, que en este caso agota el conocimiento de la Sala, no existe la discriminación que los hoy apelados denunciaron en la primera instancia, toda vez que el Acuerdo impugnado constituye un único tratamiento que se aplica por igual a todos los titulares de las Farmacias del municipio de Santurce, sin que el supuesto inferior nivel económico de las Farmacias de los actores revista relevancia para apreciar una desigualdad en orden al disfrute de las vacaciones, constitucionalmente proscrita, pues no sería ésta una situación discriminatoria achacable al Colegio, sino un problema material de distinta prosperidad económica, derivado de las reglas de juego de una economía de mercado.

Procede, por tanto, la estimación del presente recurso de apelación, con revocación de la sentencia recurrida y desestimación del recurso que la misma estimó.

Contenido:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-Aun cuando no ha comparecido ante esta Sala la representación de los apelantes señores O.S. y otros, no procede declarar desierta su apelación, con imposición de costas, según previene el artículo 9.4 de la Ley 62/1978, sino indebidamente admitida, con arreglo al apartado 2 del mismo precepto, al no haberse preparado mediante escrito razonado.

Segundo.-El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Vizcaya apela la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que ha estimado el recurso interpuesto por doña M.A.S.G. y cinco más contra el Acuerdo de 15 de marzo de 1988 de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Vizcaya, por el que se dispone: "1.º Revocar y dejar sin efecto el Acuerdo de 29 de diciembre de 1987 en cuanto procedía a ordenar un sistema y turno de vacaciones en el Municipio de Santurce. 2.º La posibilidad de cierre de oficinas de farmacia por razón de vacaciones se regirá en dicho Municipio por las reglas generales, debiendo comunicar por escrito al Colegio antes del 30 de abril, las fechas de inicio y final de cierre por tal concepto para 1988, quien tenga intención de hacerlo".

El mencionado Acuerdo de 29 de diciembre de 1987, que el recurrido revoca, había establecido:

"1.º Ordenar las vacaciones del corriente (sic) año 1988 manteniendo al efecto el mismo sistema y la distribución de turnos establecidos para el pasado año 1987 si bien vacarán en agosto los que el precedente año lo hicieron en julio, y viceversa, cerrándose así un ciclo completo. En consecuencia: Disfrutarán de vacaciones en julio, encuyo mes cerrarán sus oficinas, las siguientes farmacias: Sr. O., Sra. P., Sres. E., H. de R., Sra. L., Sr. S., Sra. G.R. Disfrutarán de vacaciones en agosto, en cuyo mes cerrarán sus oficinas, las siguientes

farmacias: Sra. T., Sra. A., Sr. M., Sra. A., Sr. G., Sra. G.S., Sra. B. Fuera del mes de vacaciones asignado, los titulares mantendrán abiertas sus oficinas en régimen normal, ajustándose a los turnos de guardia, que se llevarán a cabo sólo por las farmacias abiertas. 2.º Proceder al estudio de otras posibles distribuciones de turnos para eventuales ordenaciones de vacaciones en años venideros, recabándose al efecto de la Comisión constituida en el seno de la Junta de Gobierno, en sesión de 19 de noviembre de 1987, que concrete el resultado de sus conclusiones en una distribución de turnos de oficinas que tenga en consideración las distintas peticiones formuladas por los farmacéuticos del Municipio".

Aparte de los Acuerdos reseñados, debe registrarse otro anterior, adoptado por la misma Junta de Gobierno en sesión de 5 de mayo de 1987, por el que se estableció que en el municipio de referencia el disfrute de vacaciones de los titulares de oficina de farmacia tendrá lugar exclusiva y obligatoriamente en los meses de julio y agosto, por turnos de carácter rotativo, correspondiendo al primero (constituido por la Sra. T. y otros), las vacaciones en el mes de julio de 1987, y al segundo (integrado por el Sr. O. y otros) en el mes de agosto del mismo año, ambos turnos con obligación de cierre durante sus vacaciones, añadiéndose en el apartado e) de dicho Acuerdo "El sistema de vacaciones que ahora se instaura permanecerá vigente en tanto no se acredite o constate cambio de circunstancias objetivas asistenciales o de la voluntad claramente mayoritaria de los colegiados afectados siempre, en este último caso, que haya concluido la rotación completa del turno iniciado".

Tercero.-La sentencia apelada estima el recurso por considerar que el Acuerdo impugnado lesiona el principio constitucional de igualdad, vulneración que los demandantes habían alegado, según se recoge en la sentencia, "por entender que infringe el artículo 14 de la Constitución al permitir "el disfrute vacacional a aquellas Oficinas de Farmacia cuyos titulares ostentan en la práctica mayor poder económico, y por el contrario condena a los titulares de Farmacias modestas a quedarse sin vacaciones en situación de razonable igualdad", pues aquellos pueden turnar auxiliares y contratar sustitutos, con la posibilidad de tomar vacaciones permaneciendo abierta la Oficina, mientras que sus compañeros de menor potencialidad económica deben estar continuamente al frente de su Farmacia, si quieren eludir las consecuencias de pérdida de clientela derivada del cierre, que es su única posibilidad, por no poder rotar auxiliares ni contratar sustitutos".

Después de analizar la facultad-deber que el Colegio tenía para intervenir en los turnos de vacaciones, de conformidad con lo dispuesto en la Orden de 17 de enero de 1980, sobre funciones y servicios de las Oficinas de Farmacia, la sentencia recurrida declara que en el ejercicio de esa facultad-deber tomó el Colegio el Acuerdo de ordenación de las vacaciones de 27 de mayo de 1987 (quiere referirse al adoptado en sesión de 5 de mayo de 1987) "procurando configurar una estructura de igualdad en la que formaba parte la autolimitación establecida en el apartado e). La primera parte de ella, al concretarse al "cambio de circunstancias objetivas asistenciales", era obvia, en cuanto habilita la ordenación; y no han concurrido modificaciones, pues el Colegio ha informado que "no se ha constatado cambio alguno de circunstancias objetivas asistenciales en el municipio, cuestión que en ningún momento se planteó la Junta". La segunda, al implicar un perjuicio a un grupo de farmacéuticos haciendo desaparecer la alternatividad compensadora económicamente, suponía que para introducir la desigualdad sin afectar al artículo 14 de la Constitución, deberían darse las notas o requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional, consistentes en motivos además de justificables, objetivos, razonables y con proporcionalidad entre los medios y la finalidad, sin olvidar que atendiendo a la exigencia constitucional de promover la igualdad sustancial, la provisional desigualdad deberá tender a conseguir o restablecer aquella". De acuerdo con esta doctrina, concluye el razonamiento de la sentencia apelada, "la alteración de la rotación por regreso extemporáneo a la situación general o normal, causando un perjuicio, que es la causa de la desigualdad, no tiene justificación adecuada; y en cuanto al cambio de criterio de una mayoría, ni está acreditado, ni es vinculante".

Cuarto.-No podemos aceptar la argumentación del fallo recurrido.

Aparte de que el hecho en que los demandantes residencian la infracción del principio de igualdad, no es la "alteración de la rotación por regreso extemporáneo a la situación general o

normal, causando perjuicio", en que la sentencia apelada basa la desigualdad que aprecia, sino que denuncian la discriminación que, a su juicio, supone el Acuerdo impugnado para los titulares de Farmacias modestas, que no podrán disfrutar de vacaciones si quieren evitar los perjuicios derivados del cierre, frente a los de aquellas otras Farmacias de mayor potencialidad económica que pueden rotar auxiliares y contratar sustitutos para mantenerlas abiertas durante el disfrute de sus vacaciones, y ello sin aludir para nada a la "extemporaneidad" de la interrupción de la rotación de turnos, lo cierto es que no cabe apreciar perjuicios derivados de la supresión de una supuesta alternatividad compensadora económicamente de los turnos de vacaciones, pues existiendo el sistema de turnos en los meses de julio y agosto desde hace unos quince años, según reconocen los actores en la demanda, no es posible determinar cuándo se completaba la rotación de los mismos y, por tanto, no existen en las actuaciones elementos de juicio que permitan apreciar los perjuicios a los que la sentencia recurrida atribuye la virtualidad de ser causa de la desigualdad determinante del fallo estimatorio del recurso.

Por otra parte, podrá discutirse si el Acuerdo impugnado se ajusta o no a las previsiones de la citada Orden de 17 de enero de 1980, e incluso si respeta o no la cláusula contenida en el apartado e) del Acuerdo de 5 de mayo de 1987, pero ello será cuestión de legalidad ordinaria ajena al ámbito de este proceso especial. Ahora bien, desde la perspectiva constitucional del respeto al principio de igualdad, que en este caso agota el conocimiento de la Sala, no existe la discriminación que los hoy apelados denunciaron en la primera instancia, toda vez que el Acuerdo impugnado constituye un único tratamiento que se aplica por igual a todos los titulares de las Farmacias del municipio de Santurce, sin que el supuesto inferior nivel económico de las Farmacias de los actores -no corroborado por los datos que obran en las actuaciones acerca de la facturación de unas y otras durante 1987 y de la facturación a entidades públicas concertadas en 1988-, revista relevancia para apreciar una desigualdad en orden al disfrute de las vacaciones, constitucionalmente proscrita, pues no sería ésta una situación discriminatoria achacable al Colegio, sino un problema material de distinta prosperidad económica, derivado de las reglas de juego de una economía de mercado, reconocida por el artículo 38 de la Constitución, y cuya incidencia desfavorable en el disfrute de las vacaciones no está llamado el Colegio a remediar o neutralizar.

Procede, por tanto, la estimación del presente recurso de apelación, con revocación de la sentencia recurrida y desestimación del recurso que la misma estimó.

Quinto.-Conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 62/1978 y jurisprudencia de esta Sala, procede la imposición de las costas de la primera instancia a los demandantes, sin que haya lugar a hacer especial imposición de las de la apelación.