



Roj: **STS 1742/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1742**

Id Cendoj: **28079130032019100148**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **3295/2016**

Nº de Resolución: **749/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 749/2019

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3295/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3295/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 749/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor



D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 3 de junio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3295/2016 interpuesto por la Procuradora D^a Rosario Gómez Lora en representación de D^a Antonieta y por la Procuradora D^a Tersa Gamazo Trueba en representación de D. Bernardo contra la sentencia de la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Murcia de 13 de mayo de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo 288/2013. Ambas partes recurrentes también han comparecido como parte recurrida respecto del recurso interpuesto por la parte contraria.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a Antonieta interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Comunidad de Murcia de 31 de enero de 2013 por la que se desestima el recurso de reposición por ella interpuesto por contra la Orden de 18 de junio de 2012 por la que se le adjudica a D. Bernardo una oficina de farmacia en la Zona de Salud nº 2 de Murcia (Alcantarilla-Sangonera La Seca).

La demandante Sra. Antonieta pedía que se dicte sentencia en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo, se declare la nulidad del acto impugnado en el proceso (que desestimó su recurso de reposición), por no ser ajustados a derecho los criterios de valoración tenidos seguidos en la Orden de la Consejería de Sanidad y Política Social de 18 de Junio de 2.012, en aplicación del Anexo de la Orden de la Consejería de sanidad y Consumo de 16 de febrero de 2001 por la que se establece el baremo de méritos aplicable a los procedimientos de apertura de oficinas de farmacia.

La Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Murcia dictó sentencia con fecha de 13 de mayo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 288/2013) en cuya parte dispositiva se establece:

<< F A L L A M O S

Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por D^a Antonieta, contra la Orden de la Consejería de Sanidad y Política Social, de 31 de enero de 2013, identificada en el encabezamiento de esta sentencia, revocando dicha Orden en el único particular de descontar los 0,5 puntos, en la valoración de los méritos de D. Bernardo en el apartado relativo a Méritos Profesionales, "Por ejercicio como profesor o ponente en congresos, jornadas y reuniones científicas, convocadas por entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras", otorgados por impartir clases particulares en la Academia Clio, manteniendo el resto de pronunciamientos que aquí se han discutido, por ser conformes a derecho. Sin costas>>.

SEGUNDO.- A fin de delimitar la pretensión que la demandante formulaba en el proceso la Sala de instancia expone, en el encabezamiento de la sentencia, que los aspectos de la valoración de méritos que son cuestionados por la Sra. Antonieta son los siguientes:

A) En lo que concierne a la puntuación otorgada a D. Bernardo :

Punto 1: En MÉRITOS ACADÉMICOS, en el apartado "Por ostentar titulaciones de Licenciado o Diplomado en otras ciencias de la salud distintas a la requerida", se le concede 1,5 puntos por un Título de Diplomado, que le deben ser restados y sumársele 0,75 puntos por el Curso de Nutrición.

Punto 2: En FORMACIÓN POSTGRADO, en el apartado "Por la realización de cursos de formación y perfeccionamiento organizados o impartidos por Universidades...", se le deben sustraer los 1,5 puntos que se le habían otorgado por los dos cursos que le sirvieron para obtener el Título de Farmacéutico Especialista, que se le ha computado con los 3 puntos obtenidos Por dicho como mérito académico.

Punto 3. MÉRITOS PROFESIONALES, en el apartado "Por ejercicio como profesor o ponente en congresos, jornadas y reuniones científicas, convocadas por entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras", se le deben descontar los 0,5 puntos otorgados por impartir clases particulares en la Academia Clio.

Punto 4: Igualmente en MÉRITOS PROFESIONALES, en el apartado correspondiente a "El ejercicio como farmacéutico en otras actividades o modalidades profesionales privadas que tengan relación con la atención farmacéutica", se le debe deducir el punto otorgado por el ejercicio profesional como Farmacéutico Especialista en Análisis Clínicos al no resultar acreditado debidamente.



Punto 5: En OTROS MÉRITOS, en el apartado "Otros méritos, menciones honoríficas, premios y distinciones no contemplados en este apartado que tengan relación directa con la atención farmacéutica", se le debe descontar el punto concedido al no estar justificado la obtención del mismo.

Totalizando de esta forma y con suma de las valoraciones no discutidas una puntuación conforme a baremo de 6,212 puntos, de acuerdo al resumen recogido en el hecho undécimo de este escrito de demanda.

B) En lo que se refiere a la puntuación de mí representada, D^a Antonieta :

Punto 1: En FORMACIÓN POSTGRADO, en el apartado "Por cada certificado de asistencia a congresos, jornadas y reuniones científicas convocadas por entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras", se le deben descontar los 0.2 puntos concedidos y otorgársele 2 puntos en el apartado del baremo "Por la realización de cursos de formación y perfeccionamiento organizados o impartidos por Universidades, Entidades acreditadas para la docencia por el Ministerio de Educación y Cultura, Reales Academias relacionadas con las ciencias de la Salud, por las Administraciones Públicas competentes en materia de formación, Corporaciones Farmacéuticas o INEM", por la realización de 2 cursos de hasta 200 horas no computados.

Punto 2: En MÉRITOS PROFESIONALES, en el apartado "Ejercicio profesional como farmacéutico, titular, regente, sustituto o adjunto en oficina de farmacia o botiquín farmacéutico", se le deben adicionar 0,333 juntos por el ejercicio profesional como farmacéutica en una oficina de farmacia de una zona farmacéutica de menos de 15.000 habitantes o, subsidiariamente, 0,167 si se considerara que su población es de 24.000 habitantes.

Totalizando por tanto y con la suma de las valoraciones no discutidas una puntuación conforme a baremo de 12,070 puntos, conforme al resumen recogido en el hecho undécimo de este escrito de demanda.

Y en consecuencia adjudicar la oficina de farmacia a D^a Antonieta , por haber obtenido la mayor puntuación en el Baremo de méritos para la adjudicación de la oficina de farmacia, declarando la nulidad de todos los actos administrativos que se hayan podido dictar en ejecución de la Orden impugnada a través de este recurso>>.

El fundamento jurídico primero de la sentencia aquí recurrida transcribe la parte dispositiva de la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo 288/2013 , que estimó en parte el recurso D. interpuesto por Bernardo con relación a la misma valoración de méritos aquí controvertida. Y en el fundamento jurídico segundo la Sala de instancia que, al abordar las cuestiones que suscita la demandante, "... sobre lo ya resuelto, no volveremos a entrar".

Hecha esa puntualización, en los fundamentos jurídicos segundo a séptimo de la sentencia la Sala de instancia se pronuncia sobre las diversas cuestiones controvertidas, en los siguientes términos:

<< (...) SEGUNDO.- [...] En este punto, en cuanto a la concesión al Sr. Bernardo de 1,5 puntos por el curso de nutrición, en conclusiones dice que está conforme, por lo que los puntos dice son de 6,962. Al haber reconocimiento por la actora en este punto, no lo vamos a analizar.

Pues bien, en primer lugar se dice que, en Formación Postgrado, en el apartado "Por la realización de cursos de formación y perfeccionamiento organizados por Universidades..." se le deben sustraer los 1,5 puntos que se le habían otorgado por los 2 cursos que le sirvieron para obtener el Título de Farmacéutico Especialista, que se le ha computado con los 3 puntos obtenidos por dicho mérito académico.

En este punto, la Administración en su resolución ponía de manifiesto que se trata de conceptos diferentes y por tanto se bareman de forma independiente. Así, para obtener el título de Farmacéutico Especialista es necesario haber realizado los cursos de dicha formación y además, haber superado las pruebas de evaluación que se determinen. De manera que se trata de dos conceptos distintos y se tienen que baremar de forma independiente, ya que la sola realización de los cursos de especialización no da lugar a la obtención del título, ya que para la obtención del título hay que superar también unas pruebas de evaluación.

No se puede valorar igual al que sólo ha realizado los cursos, que al que además ha superado las citadas pruebas y por tanto obtenido el título.

TERCERO. - La actora también dice que en el apartado "Por ejercicio como profesor o ponente en congresos, jornadas y reuniones científicas, convocadas por entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras", se le deben descontar los 0,5 puntos otorgados por impartir clases particulares en la Academia Clio. Se dice que la certificación se refiere a clases de Física, Química y Biología, en los niveles de BUP y COU, lo que no tiene encaje en jornadas y reuniones científicas... En este punto esta Sala entiende que, impartir clases en una academia privada y en esos niveles, ciertamente no tiene un encaje fácil en ser ponente o profesor en jornadas científicas, cuya redacción parece que concede un alcance, si bien más puntual, bastante más profundo que la mera impartición diaria de clases a alumnos de BUP y COU; por lo que este extremo sí se estima, debiendo descontar los 0,5 puntos a que alude en el suplico de la demanda la Sra. Antonieta



CUARTO. - El siguiente extremo a que se alude es, en Méritos Profesionales, en el apartado, "El ejercicio como farmacéutico en otras actividades o modalidades profesionales privadas que tengan relación con la atención farmacéutica"; se dice que se le debe deducir el punto otorgado por el ejercicio profesional como Farmacéutico Especialista en Análisis Clínicos, al no resultar acreditado debidamente.

Considera que la acreditación con el documento 19 de su expediente no es suficiente, al ser un certificado del Secretario del Consejo Oficial de Farmacéuticos de Murcia.

Dicho extremo consta en el documento 19 aludido, conforme al cual, existe colegiación como tal desde 1979 y consta su actividad y ejercicio desde tal fecha y constancia a fecha de 2001. Por otro lado, consta que posteriormente aportó Alta en Licencia Fiscal (Análisis Clínicos), y circular nº 21/99 del Colegio, conforme a la cual, no era obligatoria el Alta en Autónomo de la Seguridad Social, para ejercer de Analista desde antes del 10 de noviembre de 1995.

Por tanto, rechazamos el motivo.

QUINTO. - El último motivo alude a Otros Méritos, en el apartado "Otros méritos, menciones honoríficas, premios y distinciones no contemplados en este apartado que tengan relación directa con la atención farmacéutica", considera que se le debe descontar el punto concedido al no estar justificada la obtención del mismo.

En este punto el codemandado aportó informe (documento 11 de la contestación), conforme al cual, esa atribución se hizo teniendo en cuenta los documentos acreditativos de méritos aportados por el peticionario y que se referían a méritos no contabilizados en los demás apartados de la valoración (folios nº 10, 24, 27, 28 y 29), especialmente los contenidos en los folios nº 10 y 24.

Pues bien, se refieren al ejercicio profesional como sustituto en días sueltos, y haber trabajado como Director Técnico de Laboratorio, ejercitando las funciones propias de la creación de nuevas formulaciones y control de calidad de las mismas.

Por tanto se desestima el motivo.

En resumen, a la puntuación del Sr. Bernardo hay que restarle 0,5 puntos, por lo que quedaría en una puntuación final de 10,4625 puntos.

Seguidamente analizamos los motivos referidos a la valoración de la actora.

SEXTO.- En este punto, la actora tenía en la Orden que se impugna, un total de 9,5375; ahora bien, tras la sentencia dictada en el recurso nº 200/2013, hay que reducirle 0,5 puntos por un lado y otros 0,56 puntos, por lo que partimos de una puntuación final de 8,4775 puntos.

Pues bien, en primer lugar, dice que en Formación Postgrado en el apartado "Por cada certificado de asistencia a congresos, jornadas y reuniones científicas convocadas por entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras", se le deben descontar los 0,2 puntos concedidos y otorgarse 2 puntos en el apartado del baremo "Por la realización de cursos de formación y perfeccionamiento organizados o impartidos por Universidades, Entidades acreditadas para la docencia por el Ministerio de Educación y Cultura, Reales Academias relacionadas con las ciencias de la Salud, por las Administraciones Públicas competentes en materia de formación, Corporaciones Farmacéuticas o INEM", por la realización de 2 cursos de hasta 200 horas no computados. Concretamente se trata de los cursos de "Formación Continuada a distancia de Atención Farmacéutica", impartido por el Instituto para el Desarrollo de la farmacia comunitaria, y "Bases de Farmacoterapia en el Cuidado Farmacéutico", impartido por CEMS. Se trata de cursos que imparten entidades privadas, sin que tengan encaje en las que señala la norma; no se ha acreditado que sean entidades públicas, ni que sean centros oficiales, ni que se equiparen los cursos con los del INEM.

Por tanto, se entiende correcto el cómputo.

SÉPTIMO.- Alude también la recurrente a que en el punto 2, en Méritos profesionales, en el apartado "Ejercicio profesional como farmacéutico, titular, regente, sustituto o adjunto en oficina de farmacia o botiquín farmacéutico", se le deben adicionar 0,333 puntos por el ejercicio profesional como farmacéutica en una oficina de farmacia de una zona farmacéutica de menos de 15.000 habitantes o, subsidiariamente, 0,167 si se considerara que su población es de 24.000 habitantes.

En este punto, la Administración consideró que no se había aportado certificado de habitantes expedido por el organismo correspondiente, y que además, se trata de una población turística, por lo que conforme a la normativa de computación farmacéutica, se incluyen los habitantes de temporada.

De manera que se rechaza también dicho motivo>>.

Por tales razones la Sala de instancia termina estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Antonieta anulando la Orden impugnada <<(…) en el único particular de descontar los 0,5 puntos, en la valoración de los méritos de D. Bernardo en el apartado relativo a Méritos Profesionales, "Por ejercicio como profesor o ponente en congresos, jornadas y reuniones científicas, convocadas por entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras", otorgados por impartir clases particulares en la Academia Clio, manteniendo el resto de pronunciamientos que aquí se han discutido, por ser conformes a derecho>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, prepararon recurso de casación contra ella las representaciones procesales de D. Bernardo y de D^a Antonieta .

CUARTO.- La representación de D^a Antonieta formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 24 de enero de 2017 en el que se formulan dos motivos de casación, ambos al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . En estos motivos se alega, en síntesis, lo siguiente:

1/ Infracción del artículo 24.2 de la Constitución , al no permitirse el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

2/ Infracción de los artículos 218.1 , 218.2 y 209.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 y 120.3 de la Constitución , por falta de motivación.

Termina el recurso de la Sra. Antonieta solicitando que se dicte sentencia en la que, casando la sentencia recurrida, se acuerde << (...) con estimación del primer motivo de recurso, determinar se deben reponer las actuaciones al momento en que se inadmitió por Auto de fecha 9 de julio de 2015 la prueba testifical propuesta, y si no se acordara así, en razón de los argumentos expuestos en el segundo de los motivos de recurso, proceda a resolver conforme a derecho, para estimar que procede reducir en 1,5 puntos la puntuación otorgada a Don Bernardo por haber cursado la formación para obtener el Título de Farmacéutico Especialista en Análisis, título por el cual ya se le han concedido 3 puntos y restarle el punto concedido en el apartado Otros méritos, menciones honoríficas, premios y distinciones no contemplados en este apartado que tengan relación directa con la atención farmacéutica>>.

QUINTO.- La representación de D. Bernardo formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 23 de enero de 2017 en el que se formulan cuatro motivos de casación, el primero y el tercero al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los motivos segundo y cuarto invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley . El contenido de estos motivos es, en síntesis, el que sigue:

1/ Infracción del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulnerar la sentencia los artículos 120.3 de la Constitución y 209.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la exigencia de "dar las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso", ya que la consideración por la sentencia de que debía anularse la puntuación otorgada por entender que no tiene fácil encaje en el apartado correspondiente del baremo no satisface los requisitos de motivación previstos en dichos preceptos.

2/ Infracción del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con los principios de seguridad jurídica e igualdad establecidos en los artículos 9 y 14 de la Constitución , por la manera en que la sentencia valora la formación de posgrado de la recurrente en la instancia, y por modificar el criterio de valoración, favoreciendo a la Sra. Antonieta .

3/ Infracción del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que exige la necesaria apreciación y valoración de las pruebas como paso previo a la exposición de los razonamientos fácticos y jurídicos. Entiende el recurrente que no se ha valorado la formación impartida a alumnos de las pruebas de acceso a la Universidad.

4/ Infracción de la jurisprudencia aplicable al caso, en relación concretamente con la discrecionalidad técnica y la valoración que debe otorgarse a la puntuación atribuida a cada concursante por los órganos calificadoros. Se aduce en este motivo que la sentencia recurrida ha sustituido el juicio técnico expresado por los órganos administrativos competentes por la valoración según el criterio particular de la Sala sentenciadora.

Termina el escrito solicitando que se case la sentencia recurrida y << (...) declarando que no procede descontar a mi representado 0'5 puntos en la valoración de sus méritos, al resultar correcta la atribución de 0'5 puntos que hicieron los órganos calificadoros y la Orden recurrida, en su momento, en el correspondiente apartado del baremo por su actividad docente en la Academia Clío>>



SEXO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 17 de febrero de 2017 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta conforme a las reglas de reparto de asuntos.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en la Sección Cuarta, se emplazó a las partes recurridas para que formularan su oposición al recurso interpuesto de contrario.

La representación de D. Bernardo formalizó su oposición mediante escrito fechado a 7 de abril de 2017 en el que expone las razones por las que impugna los motivos de casación formulados en el recurso de la parte contraria; y termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación de la Sra. Antonieta << (...) y se proceda a dictar nueva sentencia conforme a lo solicitado por esta parte en el escrito de formalización del Recurso de Casación planteado también por mi representado, contra la indicada Sentencia de 13 de Mayo de 2.016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia >>.

Por su parte, la representación de D^a Antonieta formalizó su oposición mediante escrito fechado a 5 de abril de 2017 en el que expone sus argumentos en contra de los motivos de casación formulados en el recurso del Sr. Bernardo ; y termina solicitando que se dicte sentencia << (...) desestimándolo en su integridad, con imposición de costas al recurrente>>.

OCTAVO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, si bien, mediante providencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 26 de octubre de 2018 se acordó la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera.

NOVENO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 11 de abril de 2019 se fijó para votación y fallo el día 28 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, que se desarrolló de forma concordada con la del recurso de casación 2553/2016, promovido por los mismos recurrentes contra otra sentencia de la propia Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Murcia -sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 200/2013)- referida a la misma controversia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En las presentes actuaciones (recurso de casación nº 2553/2016) se examinan de manera conjunta los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de D^a Antonieta y de D. Bernardo contra la sentencia de la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Murcia de 13 de mayo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 288/2013).

Como ha quedado señalado en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación estima en parte el contencioso-administrativo interpuesto por D^a Antonieta contra la Orden de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Comunidad de Murcia de 31 de enero de 2013 por la que se desestima el recurso de reposición por ella interpuesto por contra la Orden de 18 de junio de 2012 por la que se le adjudica a D. Bernardo una oficina de farmacia en la Zona de Salud nº 2 de Murcia (Alcantarilla-Sangonera La Seca). Como vimos, la sentencia anula la Orden impugnada << (...) en el único particular de descontar los 0,5 puntos, en la valoración de los méritos de D. Bernardo en el apartado relativo a Méritos Profesionales, "Por ejercicio como profesor o ponente en congresos, jornadas y reuniones científicas, convocadas por entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras", otorgados por impartir clases particulares en la Academia Clio, manteniendo el resto de pronunciamientos que aquí se han discutido, por ser conformes a derecho>>.

En el antecedente segundo han quedado reseñadas las razones que expone la sentencia de instancia en cuanto a la valoración de los méritos de ambos recurrentes, que determinaron, en definitiva, la estimación en parte del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sra. Antonieta .

Ahora bien, en relación con el mismo procedimiento de valoración de méritos de los aspirantes a la concesión de la oficina de farmacia a la que se refiere la controversia, la Sala de instancia dictó otra sentencia -sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 200/2013)- en la que, estimando en parte el recurso contencioso- administrativo interpuesto a D. Bernardo , modificó también en un concreto particular la puntuación asignada la Sra. Antonieta .

Vemos así que, en dos sentencias diferentes, la Sala de instancia estimó en parte los recursos contencioso-administrativos interpuestos por una y otro recurrentes. Y tanto la Sra. Antonieta como el Sr. Bernardo han recurrido en casación las dos sentencias de la Sala de instancia, dando con ello lugar a dos recursos de casación nº 2553/2016 y 3295/2015, en cada uno de los cuales figuran como recurrentes los dos



interesados. Ello determina que, que como queda indicado en el antecedente noveno de esta sentencia, hayamos examinado de manera conjunta los citados recursos de casación.

Hechas estas precisiones, procede que pasemos ya a examinar los motivos de casación formulados por las representaciones procesales de ambos recurrentes en sus respectivos escritos, cuyo contenido hemos resumido en los antecedentes cuarto y quinto.

SEGUNDO.- Comenzando por el recurso de D^a Antonieta , hemos visto que en el motivo de casación primero alega la infracción del artículo 24.2 de la Constitución , al no permitirse el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Se alude en el motivo de casación a la denegación de la prueba testifical de D^a Sagrario , a quien en el otrosí de la demanda se proponía como testigo alegando allí la parte actora "... que fue la persona que puntuó a mi representada".

En su auto de 9 de julio de 2015 la Sala de instancia acuerda admitir la totalidad de las pruebas propuestas por la parte actora "... excepto la testifical de D^a Sagrario , por no constar en el folio 99 al que alude en el hecho segundo de la demanda que sea la autora de la baremación, sin perjuicio de que la parte proponente justifique la intervención de dicho testigo".

Contra dicha denegación la parte actora interpuso recurso de reposición que fue desestimado por auto de 26 de octubre de 2015 en el que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Murcia señala que "... Pese a toda la argumentación de la parte actora en reposición, tampoco justifica su intervención, como se le hacía saber en el auto". Y añade el auto que desestima la reposición lo siguiente: "La Sala viene citando como testigos, a solicitud de las partes, que luego nada tienen que ver con el recurso en cuestión, debiendo ser los proponentes los que justifiquen su necesidad de intervenir. Todo ello supone un trabajo inútil y una prolongación innecesaria de los procedimientos".

Pues bien, desde ahora dejamos anticipado que el motivo de casación debe ser desestimado.

Según hemos señalado en reiteradas ocasiones -sirvan de muestra las sentencias de 30 de noviembre de 2009 (casación 5556/05), 9 de febrero de 2009 (casación 8621/04), 23 de febrero de 2009 (casación 9827/04) y 4 de mayo de 2009 (recurso contencioso-administrativo 175/05), donde se citan otros pronunciamientos de esta Sala en los que se examina la relevancia de la denegación de medios de prueba-, es necesario <<...para que la infracción procesal adquiera dimensión casacional que, como consecuencia de tal infracción, se produzca real indefensión, en los términos como ha sido entendida tanto por la jurisprudencia de esta Sala como por la doctrina del Tribunal Constitucional. Esto es, cuando la infracción denunciada se traduce en un impedimento o limitación improcedente del derecho de alegar en el proceso los propios derechos o intereses, de oponerse y replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en el ejercicio del indispensable derecho de contradicción, o de acreditar en el proceso hechos relevantes para su resolución o sentido de la decisión (Cfr. STS 29 de junio de 1999 y STC 51/1985, de 10 de abril , entre otras muchas)...>> . En el mismo sentido puede verse la sentencia de la Sección 3^a de esta Sala de 20 de octubre de 2005 , cuya doctrina fue luego recogida en sentencia de la Sección 7^a de 25 de julio de 2007 (casación 2770/02).

Siguiendo en esta línea, un motivo de casación fundado en la denegación de un medio de prueba debe ser examinado tomando como referencia los requisitos que señala la jurisprudencia constitucional cuando enjuicia peticiones de amparo basadas en tal denegación de pruebas. En este sentido, las mismas sentencias a las que acabamos de aludir nos recuerdan las siguientes notas: <<... Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2 ; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3 ; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5 ; 26/2000, FJ 2 ; 45/2000 , FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. (SSTC 1/1996, de 15 de enero ; 164/1996, de 28 de octubre ; 218/1997, de 4 de diciembre ; 45/2000 , FJ 2). e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3 ; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3 ; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2 ; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3 ; 357/1993, de 29 de noviembre , FJ 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también



el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8 ; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3 ; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2 ; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2 ; 45/2000, FJ 2 ; 69/2001, de 17 de marzo , FJ 28)...>> .

Pues bien, trasladando estas consideraciones al caso que ahora nos ocupa, llegamos a la conclusión de que, aunque resulta ciertamente escueta y lacónica la manera en la que la Sala de instancia fundamenta la denegación de la prueba testifical, sucede que la parte recurrente no ha justificado la relevancia de dicha prueba para la resolución del litigio ni, en definitiva, en qué medida el resultado de la prueba, de haberse admitido y practicado, podría haber modificado el resultado de la decisión.

Así, la parte que proponía la prueba testifical no sólo no justificó ante la Sala de instancia que la persona que proponía como testigo hubiese intervenido en la valoración de los aspirantes, sino que tampoco justificó, ni aun de forma indiciaria, por qué razón y en qué medida la supuesta falta de formación de esa persona habría tenido una incidencia negativa específica en la valoración de los méritos de la Sra. D^a Antonieta frente a su competidor, Sr. Bernardo .

TERCERO.- En el motivo segundo del recurso de la Sra. Antonieta se alega la infracción de los artículos 218.1 , 218.2 y 209.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 y 120.3 de la Constitución , por falta de motivación de la sentencia.

El motivo no puede ser acogido pues, en contra de lo que se alega, la sentencia está suficientemente motivada.

Así, según vimos, en los fundamentos jurídicos segundo a séptimo de la sentencia recurrida la Sala de instancia va examinando diferentes aspectos o apartados de la baremación controvertida, tanto en lo que se refiere a la puntuación de los méritos del Sr. Bernardo (fundamentos 2 a 5 de la sentencia recurrida) como en lo relativo a los asignados a la propia demandante Sra. Antonieta (fundamentos jurídicos 6 y 7 de la sentencia).

La recurrente Sra. Antonieta puede legítimamente discrepar de todos esos razonamientos de la Sala de instancia o de alguno de ellos; pero no cabe sostener que la sentencia ha dejado de abordar alguna cuestión ni, desde luego, que haya incurrido en falta de motivación.

Como tuvimos ocasión de señalar en nuestra sentencia 821/2018 de 22 de mayo de 2018 (casación 1586/2016 , F.J. 3º), en la que se citan pronunciamientos anteriores en el mismo sentido, << (...) *no puede considerarse que la sentencia incurra en una falta de motivación, pues una cosa es la falta de motivación, inexistente en este caso, y otra bien distinta es su discrepancia con la motivación realizada. A diferencia de la falta de motivación, que impide conocer las razones en las que se funda la decisión adoptada, la discrepancia se basa en que tales argumentos o razones no le gusten, o incluso que no sean los adecuados o suficientes, a su juicio o criterio, pues ello lo ha de denunciar la amparo de lo previsto en el motivo de casación previsto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , tal y como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sentencia de 7 de febrero de 2006 (recurso 3912/2003) y sentencia de 2 de marzo de 2011 (recurso 624/2007) >>.*

QUINTO.- Entrando ahora a examinar el recurso de casación de D. Bernardo , hemos visto que en el motivo primero de su escrito alega la infracción del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulnerar la sentencia los artículos 120.3 de la Constitución y 209.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la exigencia de " *dar las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso* ", ya que la consideración por la sentencia de que debía anularse la puntuación otorgada por entender que no tiene fácil encaje en el apartado correspondiente del baremo no satisface los requisitos de motivación previstos en dichos preceptos.

Ante todo debemos señalar que, aunque en la formulación de este motivo primero el escrito de interposición del recurso del Sr. Bernardo invoca los apartados c/ y d/ del artículo 88.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , hemos entendido que la referencia al apartado d/ del precepto constituye un simple error material pues todo el alegato del motivo se refiere a la defectuosa motivación de la sentencia, lo que de manera inequívoca nos sitúa ante un motivo de casación incardinable en el artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

Hecha esta puntualización, anticipamos desde ahora que el motivo de casación debe ser desestimado; y ello por las mismas razones que hemos expuesto en el apartado anterior para desestimar el motivo de casación segundo del recurso de la Sra. Antonieta , en el que se hace a la sentencia recurrida un reproche semejante.

Como allí hemos señalado, los fundamentos jurídicos segundo a séptimo de la sentencia recurrida exponen los criterios aplicados por la Sala de instancia para la valoración de los méritos de ambos recurrentes en diferentes apartados del baremo. El recurrente Sr. Bernardo puede legítimamente discrepar de esos razonamientos de



la Sala de instancia, como también discrepa de ellos, según hemos visto, la Sra. Antonieta ; pero, al igual que dijimos entonces, no cabe afirmar que la sentencia haya incurrido en falta de motivación.

SEXTO.- En el motivo segundo de su recurso la representación del Sr. Bernardo alega la infracción del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con los principios de seguridad jurídica e igualdad establecidos en los artículos 9 y 14 de la Constitución , por la manera en que la sentencia valora la formación de posgrado de la recurrente en la instancia, y por modificar el criterio de valoración, favoreciendo a la Sra. Antonieta .

En el motivo de casación se afirma que la Sala de instancia ha aplicado un distinto criterio de puntuación a la Sra. Antonieta y al Sr. Bernardo , pues mientras a este último se le reducen 05 puntos por considerar la sentencia recurrida que la puntuación asignada por la impartición de cursos de BUP y COU no tiene fácil encaje en el apartado del baremo titulado en el que figuran incluidos ("por ejercicio como profesor o ponente en congresos, jornadas y reuniones científicas convocadas por entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras"); y, en cambio, a la Sra. Antonieta se le mantiene la puntuación de 025 en el apartado del baremo correspondiente a "formación de posgrado" por su asistencia a determinados cursos -cursos de atención farmacéutica, curso de bases de la farmacoterapia en el cuidado farmacéutico y curso de sistema de gestión de la calidad-, cuando, aplicando a la Sra. Antonieta el mismo criterio que al Sr. Bernardo , debería restarse la puntuación que se le ha asignado a ella por asistir a unos cursos cuyo contenido no ha sido justificado.

El motivo no puede ser acogido pues no cabe afirmar que la sentencia aquí recurrida incurra en la desigualdad de trato que se denuncia.

Ciertamente, la Sala de instancia examina, entre otros aspectos, la puntuación reconocida al Sr. Bernardo por la impartición de cursos de BUP y COU (fundamento jurídico 3 de la sentencia), descontando la puntuación de 05 asignada por este concepto por considerarla improcedente. Pero la sentencia recurrida no se pronuncia sobre la puntuación de 025 asignada a la Sra. Antonieta en el apartado del baremo correspondiente a "formación de posgrado" por la asistencia a los cursos a los que alude el motivo de casación; y ello, sencillamente, porque la parte demandante -recuérdese, la propia Sra. Antonieta - nada cuestionaba sobre ese concreto apartado de su puntuación. Nótese que donde sí fueron cuestionados varios apartados de la puntuación asignada a la Sra. Antonieta , y fueron examinados por la Sala de instancia, es en un proceso distinto (recurso contencioso-administrativo 200/2013) promovido por el Sr. Bernardo .

Así las cosas, aunque en el motivo de casación se dicen infringidos los principio de seguridad jurídica y de igualdad y no discriminación (artículos 9.3 y 14 de la Constitución), la invocación de tales principios y preceptos constitucionales resulta buena medida instrumental y artificiosa pues lo que en realidad se quiere denunciar es que la Sala de instancia no ha aplicado correctamente determinados criterios de puntuación establecidos en el Decreto autonómico 17/2001, de 16 de febrero, de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por el que se regulan los procedimientos de autorización de apertura, traslado, modificación, cierre y transmisión de las oficinas de farmacia. Pero siendo ésta una norma de procedencia autonómica, su interpretación y aplicación por la Sala de instancia no puede ser revisada en el presente recurso de casación (artículo 86.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

SÉPTIMO.- En el motivo tercero de su escrito la representación del Sr. Bernardo alega la infracción del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que exige la necesaria apreciación y valoración de las pruebas como paso previo a la exposición de los razonamientos fácticos y jurídicos. Se refiere el motivo de casación a lo razonado en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, que arriba hemos dejado transcrito, donde se reduce en 050 puntos la puntuación asignada al Sr. Bernardo por haber entendido la Sala sentenciadora, según vimos, que "... impartir clases en una academia privada y en esos niveles, ciertamente no tiene un encaje fácil en ser ponente o profesor en jornadas científicas, cuya redacción parece que concede un alcance, si bien más puntual, bastante más profundo que la mera impartición diaria de clases a alumnos de BUP y COU".

Se aduce en el motivo de casación que la Sala de instancia no ha valorado adecuadamente el alcance de la actividad desarrollada por el recurrente la Academia Clío en orden a la formación de los alumnos para las pruebas de acceso a la Universidad. Pues bien, tal alegato no puede ser acogido si consideramos que lo que subyace en realidad es la pretensión de que sustituyamos la valoración de la prueba que ha realizado la Sala de instancia por otra diferente, lo que no tiene cabida en casación salvo supuestos excepcionales que aquí no concurren.

Y a la misma conclusión desestimatoria se llega si entendemos que el reproche que se formula en el motivo de casación pretende señalar que la Sala de instancia no ha aplicado correctamente determinados criterios de puntuación establecidos en el Decreto autonómico 17/2001, de 16 de febrero, pues como antes hemos



señalado, es ésta una norma de procedencia autonómica cuya interpretación y aplicación por la Sala de instancia no puede ser revisada en el presente recurso de casación (artículo 86.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

OCTAVO.- Por último, en el motivo de casación cuarto la representación del Sr. Bernardo alega la infracción de la jurisprudencia aplicable al caso, en relación concretamente con la discrecionalidad técnica y la valoración que debe otorgarse a la puntuación atribuida a cada concursante por los órganos calificadoros. Se aduce en este motivo que la sentencia recurrida ha sustituido el juicio técnico expresado por los órganos administrativos competentes por la valoración según el criterio particular de la Sala sentenciadora.

El motivo no puede ser acogido pues la Sala de instancia en ningún momento ha invadido ni cuestionado el ámbito de discrecionalidad técnica del órgano administrativo calificador, cuyos criterios y puntuaciones, por cierto, son mantenidos en la sentencia salvo en un único apartado. Y en este único aspecto de la puntuación que se corrige -el que se examina en el F.J. 3 de la sentencia, al que ya nos hemos referido- lo que lleva a cabo la Sala sentenciadora no es tanto una valoración técnica sino una interpretación del correspondiente apartado del baremo contenido en la norma. Es esta interpretación la que lleva a la Sala a concluir que la mera impartición de clases a alumnos de BUP y COU en una academia privada no tiene un encaje fácil en la previsión del baremo que alude a la actividad consistente en ser profesor o ponente en congresos, jornadas y reuniones científicas convocadas por entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

NOVENO.- Por las razones expuestas en los apartados anteriores, el recurso de casación interpuesto por ambos recurrentes debe ser desestimado. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas de este recurso de casación a ambas partes recurrentes. Ahora bien, no existiendo otras partes personadas, la condena en costas a cada uno de los recurrentes se neutraliza o compensa por la que se impone a la otra parte, de manera que cada parte habrá de asumir las costas causadas a su instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 3295/2016 en representación de D^a Antonieta y de D. Bernardo contra la sentencia de la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Murcia de 13 de mayo de 2016 (recurso contencioso-administrativo 288/2013), con imposición de las costas de este recurso de casación a ambas partes recurrentes en los términos señalados en el fundamento jurídico noveno.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.