



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 14 / 1999

La Laguna, a 10 de febrero de 1999.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución formulada en un procedimiento de responsabilidad por daños patrimoniales derivados de la tramitación de un procedimiento de apertura de oficina de farmacia (EXP. 73/1998 ID)**.

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, es una Propuesta de Resolución formulada en un procedimiento de responsabilidad por daños patrimoniales a un particular, derivados de la tramitación de un procedimiento de apertura de oficina de farmacia.

La solicitud de Dictamen se halla amparada en el art. 11 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, de este Consejo, en relación con el art. 10.6 de la misma que remite al art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 23 de abril, del Consejo de Estado.

II

El procedimiento se inicia el 29 de abril de 1997 por el escrito que E.R.A. presenta en la Consejería de Sanidad y Consumo reclamando el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la tramitación del procedimiento de apertura de oficina de farmacia en La Oliva (Fuerteventura) iniciado a su instancia mediante solicitud de 14 de junio de 1990.

En el expediente se cumplen los requisitos de legitimación activa de la reclamante, al ser interesada en el citado procedimiento y de legitimación pasiva de

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

la Administración autonómica, a quien compete el otorgamiento de la autorización de apertura de oficinas de farmacia.

Se cumple igualmente el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 142.5 LPAC) pues, como seguidamente se verá y así se aprecia en la Propuesta de Resolución, si bien el procedimiento que da origen a la reclamación se inició el 14 de junio de 1990, sin embargo, por diversas vicisitudes, no puede considerarse finalizado hasta que se dicta el 12 de junio de 1997 Resolución de la Directora General de Salud Pública de adjudicación de oficina de farmacia.

En el orden procedimental se han cumplimentado los trámites legal y reglamentariamente previstos, tales como el trámite de audiencia y el informe de los servicios jurídicos. Sin embargo, en la tramitación del expediente no se ha dado cumplimiento al plazo legalmente establecido, a pesar de haberse hecho uso de la facultad prevista en el art. 42.2 LPAC. No obstante, dado el tenor del segundo párrafo del art. 43.1 LPAC, no hay obstáculo a que la Administración cumpla con la obligación de resolver expresamente, porque del expediente no resulta que se haya emitido la certificación a que se refiere el art. 44 LPAC.

III

1. Los hechos en los que se basa la pretensión indemnizatoria son los siguientes: E.R.A. solicitó el 14 de junio de 1990 la iniciación del expediente preceptuado en el art. 4 del RD 909/1978, de 14 de abril, sobre establecimiento, transmisión e integración de oficinas de farmacia y, tras los trámites oportunos, conceder la autorización de apertura de una oficina de farmacia en el municipio de La Oliva por la modalidad contemplada en el art. 3.1 del citado R.D. Con fecha 27 de septiembre del mismo año la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Las Palmas (COFLP) acuerda que no procede sacar a concurso la instalación de la señalada oficina. Este acuerdo fue recurrido en alzada por la interesada ante el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, que lo desestima con fecha 14 de marzo de 1991. El 15 de octubre de 1992 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó sentencia por la que estimó el recurso interpuesto por E.R.A. contra los actos administrativos anteriormente señalados y, en consecuencia, obligando a la tramitación del procedimiento interesado por la actora. Esta sentencia fue recurrida en casación por

A.S.V., dictando sentencia desestimatoria el TS el 12 de abril de 1994 y declarando la firmeza de la sentencia recurrida.

El 21 de noviembre de 1994 el COFLP hizo público, en cumplimiento de las sentencias señaladas, un anuncio en el tablón de anuncios del Colegio, a los efectos de iniciar el expediente e indicándose, entre otros extremos, que el nº de farmacias abiertas en el Municipio de La Oliva era de dos. Al propio tiempo, considerando que la STSJC de 1992 da por probada la existencia de 14.214 habitantes y teniendo en cuenta que La Oliva tiene ya dos farmacias abiertas, sólo se sacó a concurso una nueva oficina, pues según dispone el art. 3.1 del R.D. 909/1978, el nº de habitantes por Oficina de farmacia no puede exceder de 4.000, con lo que a los 14.214 señalados corresponden 3 oficinas de farmacia. Este procedimiento concluye el 23 de febrero de 1995 mediante acuerdo de la Junta de Gobierno por el que se declara el derecho de M.L.M.P. a la apertura de farmacia.

Este acuerdo fue recurrido en alzada ante el COFLP por E.R.A. y M.J.G.P., organismo que no tenía competencia para la resolución del mismo, al corresponder tal competencia a la Consejería autonómica competente en materia de sanidad. Este hecho conduce al inicio de una serie de actuaciones a partir de septiembre de 1995 por parte de E.R.A. ante la Dirección General de Sanidad que concluyen con la remisión del expediente por parte del COFLP y la resolución de los recursos mediante Orden del Consejero de Sanidad y Consumo de 30 de abril de 1996 por la que se anula el acuerdo del COFLP de 23 de febrero de 1995 y se ordena la retroacción del expediente al momento en que debe abrirse el plazo de admisión de solicitudes e instancias, debiendo restringirse a quienes el 14 de junio de 1990 tenían la condición de licenciados en farmacia, por ser ésta la fecha en que se solicitó la iniciación del correspondiente procedimiento, declarando al mismo tiempo que el objeto del concurso debe ser la apertura de dos oficinas de farmacia, dado que la segunda farmacia a que aludía el Acuerdo del COFLP fue establecida en 1992 y por tanto, en la fecha en que se solicitó por la interesada la apertura de una nueva farmacia y como así lo estableció la STSJC, existía una única farmacia.

Este concurso fue resuelto mediante Resolución de 12 de junio de 1997 de la Directora General de Salud Pública por la que se adjudican las farmacias a M.M.B., que formuló cosolicitud con M.L.M.P. y a M.J.G.P.

2. La reclamante en su escrito de solicitud de indemnización promueve el derecho a ser indemnizada por el comportamiento anormal de los servicios públicos en relación con la lesión que ha sufrido por la denegación de la apertura de la oficina de farmacia concurriendo los requisitos legales para ello. En su escrito de mejora de la solicitud inicialmente presentada concreta la indemnización en las pérdidas económicas, tanto las derivadas de la pérdida de un local que había adquirido para la instalación de la farmacia como de una vivienda por devenir en ruina económica, como en las ganancias dejadas de percibir desde que según su criterio tenía que habersele otorgado la farmacia hasta la fecha de la reclamación. Reclama igualmente el daño moral producido.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación por considerar que no se ha producido a la interesada ningún daño real y efectivo, ya que, de acuerdo con la normativa aplicable, su solicitud de apertura de farmacia únicamente le genera un derecho a la tramitación del correspondiente procedimiento y no un derecho a la obtención de la autorización.

2. Conforme al R.D. 909/1978, una vez presentada una solicitud de apertura de farmacia se debe abrir un plazo de 15 días para que se pudiesen presentar otras solicitudes, acumulándose todas ellas en un único expediente (art. 4.2), estableciendo el propio R.D. el orden de prioridades para la concesión de la autorización (art. 4.3). En este orden únicamente tiene reconocido un derecho a la obtención de la autorización el farmacéutico a cuya instancia se haya iniciado el expediente en el supuesto previsto en el art. 3.1.b), cuando, bajo este supuesto, se presenten dos o más solicitudes referidas al mismo núcleo de población de, al menos, dos mil habitantes. En los demás casos, habrá de estarse a la baremación resultante conforme a los restantes criterios señalados en el art. 4.3.

De esta regulación resulta que, no habiendo la interesada presentado su solicitud bajo el supuesto del art. 3.1.b), no se deriva para ella una obligada concesión de la autorización de apertura, sino únicamente un derecho a que se tramite el expediente previsto en el art. 4, como así le fue expresamente reconocido en la STSJC de 15 de octubre de 1992, confirmada por la STS de 12 de abril de 1994. La tramitación de este expediente abre pues la posibilidad de que otros interesados presenten sus

solicitudes y la posterior concesión de la autorización a quien reúna las condiciones de prioridad establecidas.

Por ello se considera ajustado a Derecho que la Propuesta de Resolución desestime la pretensión indemnizatoria al no haberse producido a la reclamante un daño real y efectivo, pues no tenía más que una expectativa futura a que se le otorgara la autorización. Por lo tanto no puede considerarse que se haya irrogado a la interesada un daño derivado de la tramitación del procedimiento ni, por tanto, sea procedente declarar la responsabilidad de la Administración.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.