



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 184/2005

(Sección 1ª)

La Laguna, a 22 de junio de 2005.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.C.G.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario: Anulación judicial de la denegación de apertura de oficina de farmacia. Denegación de apertura de oficina de farmacia (EXP. 156/2005 ID)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. Se interesa por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2000, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de M.C.G.M. (la reclamante) por los daños (no valorados en el escrito inicial, aunque su concreción la remite al período probatorio, siéndolo finalmente en el trámite de audiencia en 317.266 €, cifra que somete a “una posible reconsideración razonada y razonable por parte de la Administración”) causados por la anulación por parte de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso, de 14 de abril de 1999, confirmada por el Tribunal Supremo por Autos de 25 de junio de 2001 (de inadmisión de recurso de casación) y de 1 de marzo de 2002 (de desestimación del incidente de nulidad de actuaciones, notificado este último al Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid el 15 de abril de 2002) de la Resolución de 18 de marzo de 1995, del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Santa

---

\* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

Cruz de Tenerife, dictada por delegación de la Dirección General de Salud Pública, por la que se denegó a la luego reclamante autorización de la apertura de una oficina de farmacia en el núcleo de población integrado por el barrio de "San Juan y Alrededores" del Municipio de La Victoria de Acentejo.

2. En el procedimiento seguido se ha dado cumplimiento a los requisitos y trámites legal y reglamentariamente dispuestos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y en el Reglamento de los Procedimientos Administrativos en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

La reclamación está suscrita por quien está legitimada para ello en cuanto titular del derecho presuntamente lesionado por la denegación en su día de la solicitud de apertura de oficina de farmacia [art. 31.1.a) LRJAP-PAC]; habiendo sido presentada en plazo que, en ausencia de otro dato temporal más fidedigno, debe computarse desde el *dies a quo* que resulta ser el 15 de abril de 2002 -notificación del último Auto al Colegio de Procuradores-, por lo que la reclamación, con entrada el 22 de julio de 2002, estaría formulada en plazo.

También obran en el expediente el preceptivo informe del Servicio directamente involucrado en los presuntos daños -que resulta ser el de Ordenación Farmacéutica-, la apertura y práctica del periodo probatorio (art. 9 RPAPRP), la audiencia previa a la interesada y a los terceros afectados (art. 11 RPAPRP), y la Propuesta de Resolución formulada, objeto del Dictamen de este Consejo.

### II<sup>1</sup>

### III

1. Los requisitos para que opere la cosa juzgada son los legalmente previstos y la Jurisprudencia los ha aquilatado, interpretado y aplicado de forma constante y continuada. Cada caso presenta, ya se sabe, sus propios matices, y en ocasiones habrá algún tipo de dificultad para discernir si en efecto existe la triple coincidencia de causas, cosas y personas de forma absoluta o relativa.

---

<sup>1</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

La denegación en su día de la solicitud de 19 de febrero de 1992 -Resolución de 30 de abril de 1992- fue desafortunada y los argumentos utilizados carentes de sustento alguno. Alegar como fundamento de la denegación la solicitud de 1985, fue improcedente, ya que en este caso la solicitud lo era para oficina en la calle San Juan con núcleo delimitado por las calles San Juan-Los Arroyos-Fuente del Tanque, en tanto que en la solicitud de 1992 lo era para San Juan y Alrededores.

Lo relevante es que esa misma Resolución desestimatoria reconocía, sin embargo, que en efecto había “un verdadero núcleo aislado de población” (pero no procedía a considerar porque *coincidía en la calle San Juan* con el núcleo señalado en la solicitud de 1985, de donde se infiere la “identidad esencial” entre ambas solicitudes y, por ello, cosa juzgada); y que en la zona existía una “imperiosa necesidad farmacéutica” (hecho que tampoco se valoraba porque “una cosa es esa necesidad” y otra muy distinta era que con la nueva oficina se lograra una “mejora urgente, cómoda y rápida de los servicios farmacéuticos para todos los habitantes del sector”). “Tampoco (seguía diciendo la expresada Resolución) cumplía la solicitud con la *condición finalista* de que con la misma se debería conseguir una mejoría sensible y apreciable en las condiciones de proximidad, urgencia y comodidad de los usuarios”.

Es decir, había núcleo, imperiosa necesidad farmacéutica y, sin embargo, la solicitud no mejoraba la atención farmacéutica de los usuarios.

La cosa juzgada exige triple identidad y en este caso el núcleo no es idéntico. Tal es así que la única identidad que existía era *la concurrencia en la calle San Juan*. Es decir, antes el núcleo lo delimitaban tres calles y ahora la coincidencia sólo se da en una de ellas: San Juan. Ha habido una diferencia sustancial que, por nimia que fuere, es relevante, más aún en este tipo de procedimientos de concesión de autorizaciones de farmacia en los que simples matices en los conceptos de *núcleo, distancia entre oficinas y atención a los usuarios* determinan la diferencia entre la obtención o no del derecho. Y, además, el argumento de la cosa juzgada por la coincidencia en la calle San Juan es técnicamente insostenible. Es indudable y del todo punto inevitable que la creación de un nuevo núcleo farmacéutico en el *territorio* de otros precedentes determina que en algún punto sean colindantes. Lo relevante para la Ley no es esa colindancia, inevitable en sí misma, o -como en este caso- la coincidencia “sólo parcial en algunos barrios y urbanizaciones” (STSJ de Canarias

806/2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección única, de 19 de septiembre de 2001, JUR 38709/2002), sino el hecho de que con la nueva oficina se mejore la atención farmacéutica de los usuarios, pues la "mayor proximidad (supone) una presunción de mejor servicio" (STSJC cit.).

La denegación, pues, en abril de 1992 fue incorrecta; aunque no recurrida por la interesada.

2. Apuntadas estas circunstancias a efectos de antecedente del actuar del Colegio y la Administración delegante, se reseña que la solicitud cursada el 20 de junio de 1994, que ha dado lugar justamente al presente procedimiento de responsabilidad, fue denegada nuevamente por el Colegio de forma inadecuada: Coincidencia *esencial* con la solicitud de 1985, sin que la solicitante haya acreditado un "cambio de circunstancias, que no cita". La "esencialidad" en el objeto fue advertida por otras interesadas en el procedimiento -las titulares de las oficinas de farmacia que resultarían afectadas- y asumida por el Colegio sin efectuar actividad instructora alguna, a los efectos de acreditar los hechos que necesitare en aras de la adecuada resolución del procedimiento, siendo así que de la misma solicitud *ya se podía colegir que se había producido un cambio notorio que impedía absolutamente alegar, para denegar, la solicitud de 1985 y la subsiguiente cosa juzgada derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo.*

Se insiste en que la solicitud de 1985 lo fue para un núcleo delimitado por tres calles y con oficina en la calle San Juan y la solicitud de 1994 lo fue para un núcleo delimitado de forma distinta -San Juan y Alrededores- y con oficina en calle distinta (Los Cercados). Por lo tanto, el Colegio no actuó correctamente y ello por los siguientes motivos: Por no apreciar diferencia entre dos solicitudes distintas; por aplicar los efectos de la cosa juzgada de un proceso a otro procedimiento que era material y en apariencia distinto del anterior; por atender exclusivamente a las alegaciones de los terceros afectados; y por no abrir la instrucción precisa en orden a la aclaración de los hechos base de una y otra solicitud. Sin contar con que en la Resolución de denegación el propio Colegio admite que se trataba de un "verdadero núcleo aislado de población" y de que en la zona había una "imperiosa necesidad farmacéutica", lo cual es contradictorio con el fundamento en que se basa para denegar la solicitud.

Es decir, a sabiendas de que había núcleo aislado; de que se trataba de una solicitud distinta en cuanto al objeto; y de que había necesidad farmacéutica que

atender, el Colegio deniega en su día y vuelve a denegar con arreglo a una solicitud de 1985 para objeto distinto. Veamos cómo se compadece lo solicitado y denegado con lo previsto legalmente.

3. Las normas que por las fechas regulan el procedimiento de autorización de nuevas oficinas de farmacia se contienen en el Decreto 909/1978, de 14 de abril, y en la Orden, de desarrollo, de 21 de noviembre de 1979. Sucintamente, para el presente caso, la solicitud debía cumplimentar los siguientes requisitos: Identificación de un núcleo de población; que el mismo cuente con al menos 2.000 habitantes [art. 3.1.b)]; que esté separado “del resto del conjunto urbano por un accidente natural o artificial (río, barranco, canal, vía de ferrocarril, autopista y similares) o por una zona no urbanizada sin todos los servicios exigidos legalmente” (art. 3.2 de la Orden citada); y distancia de 500 metros o más respecto de las oficinas de farmacia existentes (art. 3.2).

Constan la distancia, la identificación del núcleo, distinto de los anteriormente delimitados (particularmente en la solicitud de 1985), y una población superior a 2.000 habitantes. En cuanto objetivos, estos datos no necesitan argumentación alguna; sí la precisa, sin embargo, la determinación de que en efecto ese núcleo haya sido delimitado conforme a los criterios jurisprudenciales existentes en la materia y lo que se denomina *condición finalista* de la autorización: Que la nueva oficina de farmacia preste un servicio público farmacéutico que mejore la atención prestada por las oficinas existentes hasta en este momento.

Ya sabemos que para el Colegio y la Administración no existe núcleo porque el delimitado *coincide* en una calle con la solicitud cursada en su día. Inducidos por esta puntual coincidencia, Colegio y Administración participaron de las mismas pretensiones de los terceros -titulares de las oficinas afectadas- arguyendo cosa juzgada y sin entrar por ello en el análisis de las diferencias que se desprendían de la misma solicitud, imputando a la instante la no aportación de cambio alguno de circunstancias, cuando ese cambio *resultaba de la simple delimitación territorial del núcleo*.

La existencia de ese núcleo aislado resultaba incluso de la citada Resolución de 30 de abril de 1992 por la que se desestimaba la solicitud, pero, una vez más, sin consecuencias por aplicación indebida de la cosa juzgada. Pero es que, en efecto, había núcleo, no ya desde aquella fecha para el propio Colegio, sino también de

forma indubitada para la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 14 de abril de 1999, la cual estima la pretensión de la instante con arreglo a los siguientes argumentos: A. No se da cosa juzgada, pues las solicitudes cursadas en 1985 y en 1994 tenían objeto diferente; tampoco, por el mismo motivo, repetición de acto firme y consentido; B. En cualquier caso, los criterios legales deben atemperarse a los *principios pro libertate y pro apertura*; y C. El núcleo propuesto se encuentra en una cota superior en 100 metros al núcleo central del Municipio, con un 15% o 20% de desnivel, con bolsas de suelo rústico, fuertes pendientes, deficitaria en "infraestructura sanitaria y viaria", terreno abrupto, estrechez de vías de comunicación, y "población de edad avanzada", con escasa cualificación profesional; alto índice de analfabetismo, escasos recursos económicos y deficientes medios de transporte.

La no concurrencia de la cosa juzgada era evidente; la descripción de la geografía física y humana del núcleo a constituir es asimismo clara y habla por sí sola de que el núcleo cumplía con la condición finalista -negada por la Administración- de que con la nueva oficina se mejoraría notablemente el servicio farmacéutico a los ciudadanos. Así, la "escasez de transportes (...) las carreteras (...) estrechas (...) y (las) fuertes pendientes" fueron consideraciones determinantes para que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de abril de 1998, autorizara una nueva oficina, sin perjuicio, por cierto, de la "zona neutra o de indiferencia" integrada por usuarios que indistintamente podrían ir a una u otra oficina. Lo que ocurre justamente en este caso con los que residen en la calle San Juan.

Falta por acreditar que, en efecto, la zona delimitada constituía un núcleo farmacéutico. Y en este punto es en el que hay que traer a colación el art. 3.2 de la Orden citada de 21 de noviembre de 1979, pues ese núcleo se puede delimitar bien por "accidentes naturales o artificiales", bien "por una zona no urbanizada sin todos los servicios exigidos legalmente".

Se desprende de la Sentencia que en efecto hay una coincidencia en la calle San Juan -único dato objetivo tenido en cuenta para desestimar la solicitud-, desconociendo las demás características físicas y humanas de la zona que, con amparo en la propia legalidad, hubieran debido llevar derechamente a la concesión de lo solicitado, como finalmente en efecto declaró el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Y es en este punto donde se sitúa la reclamación de daños y perjuicios

en el contexto de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, en este caso, la farmacéutica.

## IV

1. Ya sabemos que la Propuesta es desestimatoria de la reclamación de indemnización. Desestimación que, de acuerdo con el informe del Servicio afectado, se concreta en las siguientes consideraciones: A. La anulación de un acto no presupone el derecho a indemnización; B. Cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales o del concurso de conceptos jurídicos indeterminados, hay que reconocerle a la Administración un margen de actuación que excluiría, en caso de nulidad del acto, la indemnización de daños y perjuicios, siempre que se actúe dentro de unos márgenes “razonados y razonables” y de forma “no arbitraria”; C. El aumento de la población y el concepto núcleo de población aislado son de carácter “impreciso y abierto”; D. En cualquier caso, los daños sólo constituyen meras expectativas o ganancias contingentes o dudosas; y E. La continuación del proceso, y por ello la extensión del daño, se debió a la actitud procesal de los terceros afectados (casación y nulidad de actuaciones ante el Tribunal Supremo) y no de la Administración.

Ciertamente, la anulación de un acto “no presupone derecho a la indemnización” (art. 142.4 LRJAP-PAC), a no ser que “concurran los restantes requisitos legales” del art. 139 LRJAP-PAC [SSTS de 1 de febrero de 1996 (RJ 1996/887); 27 de octubre de 1988 (RJ 1988/8293); y 11 de marzo de 1999 (RJ 1999/3035)]. Lo que implica que la indemnización no es automática, sino que procederá en unos casos y en otros no; el precepto, pues, no puede ser interpretado “con tesis maximalistas de uno u otro sentido” [STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/987)].

Claro que en estos casos de nulidad de acto se debe analizar el concurso de los requisitos legalmente dispuestos “con mayor rigor” que cuando se trate de funcionamiento de servicios públicos, pues en tal caso la antijuridicidad del daño se matiza por el concurso de potestades discrecionales y/o conceptos jurídicos indeterminados (STS cit.); casos en los que “el Legislador ha querido que (la Administración) actúe libremente (...) con la sola exigencia de que se respeten los

aspectos reglados que puedan existir (para que) el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad” [también STS de 13 de enero de 2000 (RJ 2000/659)].

Con arreglo a tal doctrina jurisprudencial, la Propuesta de Resolución, con fundamento en el previo informe del Servicio involucrado en los hechos, concluye que por el ejercicio en este caso de potestades discrecionales el daño no es antijurídico y, por ello, no cabe indemnización. Vaya de entrada que para que opere la doctrina antes citada la propia Jurisprudencia exige que la interpretación de la Administración debe ser razonada y razonable, en primer lugar; pero, en segundo, incluso el ejercicio de potestades discrecionales -sobre todo en este caso, se diría- está sujeto a control jurisdiccional (art. 106.1 CE); y de ese control forman parte los denominados *hechos determinantes*, que no pueden ser desconocidos por la Administración cuando actúa sus potestades discrecionales. Por otra parte, en el ejercicio de la potestad discrecional no hay múltiples situaciones justas, sino sólo una que deberá ser elegida por la Administración. Ahora bien, la solución justa no es la que la Administración escoja libremente, sino que será la que reste después de que las demás opciones han sido desechadas por ser injustas o menos justas. Por ello, la interpretación que hace la Propuesta de la antedicha doctrina jurisprudencial es sesgada e incorrecta. La Administración entiende que como ha habido ejercicio de potestades discrecionales no hay daño antijurídico; y ello es así pero siempre que las potestades hayan sido bien ejercidas. Como dice el propio Tribunal Supremo, de forma razonada y razonable a fin de que la existencia de un razonamiento lógico jurídico en la adopción del acto dé sustento a la antijuridicidad del daño.

En este caso, no existe esa conexión lógica y racional: Se aplicó la cosa juzgada, pese a que era evidente que no había identidad de objeto; no se efectúa instrucción alguna en orden a dar contenido material a lo que era una nueva solicitud, desechándose la existencia de un núcleo sobre la parcial coincidencia del núcleo propuesto, desconociendo que en el resto del núcleo esa coincidencia no existía; está acreditado por el Colegio que se trataba de un *núcleo aislado* y que el mismo recaía en una zona con apremiantes necesidades de asistencia farmacéutica. Y de todo ello no se obtienen consecuencias porque la cosa juzgada -inexistente- lo impedía.

Además, el núcleo puede estar delimitado por separación “por una zona no urbanizada sin todos los servicios exigidos legalmente” -lo que es el caso según se desprende de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias- sin que en ningún momento ni el Colegio ni la Administración se hubieran percatado de que en



este caso también hay núcleo y no sólo por el habitual medio de aislamiento de la zona por accidente natural o artificial. De hecho, como se ha dicho, el linde con la calle San Juan fue el único criterio tenido en cuenta a los efectos, lógicamente, de denegar la solicitud.

Es decir, las potestades discrecionales no fueron correctamente ejercidas. Pero tampoco algunas de las regladas, lo que por sí sólo impide la exoneración de responsabilidad por el siempre concurso de potestades discrecionales. Concurren, pues, los requisitos legalmente previstos para la imputación de responsabilidad a la Administración.

Y en caso de duda -si la hubiera, que no la hay-, el derecho de protección a la salud (art. 43 CE), la igualdad real y efectiva de los ciudadanos (art. 9.2 CE), las libertades de profesión y oficio (art. 35.1 CE), así como la libertad de ejercicio de las profesiones tituladas (art. 36 CE) y de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE) obligan a resolver la tensión de intereses siempre a favor de la solución más favorable para el derecho involucrado en este caso, que es el de la salud.

2. En cuanto a la valoración del daño, la reclamante instó en su momento la aportación de información concerniente a las ventas a la Seguridad Social de las farmacias más próximas y beneficios obtenidos a efectos fiscales. La primera información fue aportada al procedimiento; la segunda no lo pudo ser porque esa información vulneraba lo dispuesto en el art. 113.1 de la Ley General Tributaria de aplicación al caso, Ley 230/1963, de 28 de diciembre, cuyo art. 113.1 dispone la confidencialidad de los datos tributarios que por ello tienen "carácter reservado", con las excepciones que el mismo precepto detalla.

El art. 36.4 LRJAP-PAC regula el derecho de acceso a los Registros, el cual podrá ser denegado cuando así lo disponga una ley, lo que es el caso. Ahora bien, mediante Orden de 18 de noviembre de 1999 se regulaba el suministro de información tributaria a las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, lo que permite abrir -ciertamente, con los límites y condiciones que allí se indican- el acceso a la información precisa para determinar el *quantum* indemnizatorio y así dar contenido material al principio de restitución integral del daño ocasionado. Posibilidad a la que no se dio curso, quizás porque la Propuesta era desestimatoria y la Ley tributaria en este punto parecía tajante.

En cualquier caso, la reclamante se aquietó en este punto, debiéndose significar que la misma propuso llegar a un Acuerdo tomando como base y punto de partida la cifra de 317.266 € resultante de las ventas a la Seguridad Social. Este Consejo, sin embargo, no puede mostrar su conformidad con el montante citado (a pesar del Acuerdo al que pretende llegar la reclamante), puesto que hay que considerar que fueron las otras partes y no la Administración quienes recurrieron la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias ante el Tribunal Supremo. Dicho de otro modo, es razonable pensar que si no se hubiera recurrido en casación, la Administración habría ejecutado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 14 de abril de 1999 (RJCA 1999/1037). Por lo tanto, el cómputo a efectos de valoración de los daños debe partir de la fecha de denegación de la solicitud cursada el 20 de junio de 1994 y finalizar en la fecha de interposición del recurso de casación por las terceras afectadas.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución examinada no es conforme a Derecho, al concurrir relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el perjuicio ocasionado, debiéndose indemnizar a la reclamante en la forma expuesta en el Fundamento IV.2.