



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 8 / 2 0 0 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 de julio de 2006.

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.H.D.E.H., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 212/2006 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

La legitimación de la Sra. Consejera para solicitar el Dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de lo prevenido en el artículo. 11.1.D.e) LCCC, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones Públicas de Canarias.

II

1. Los hechos que han dado origen al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica son los siguientes:

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

La Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Las Palmas acordó, con fecha 25 de marzo de 1996, denegar la solicitud de apertura de oficina de farmacia en el municipio de Las Palmas de Gran Canaria presentada por M.H.D.E.H. por entender que no se cumple el requisito señalado en el art. 3.1.b) del Decreto 909/1978, de 14 de abril, de existencia de un núcleo diferenciado en el margen derecho de la Avenida Diego Betancor Suárez, para que se pueda instalar por esta vía la citada oficina de farmacia.

El interesado interpuso contra este acuerdo denegatorio recurso ordinario, que fue estimado por Orden del Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias de fecha 8 de julio de 1997, alegando la concurrencia de dicho requisito por la intensidad del tráfico, que es obstáculo o elemento que permite delimitar la existencia de un núcleo diferenciado.

Como consecuencia de la estimación del recurso, se dictó la Resolución de la Dirección General de Salud Pública de 28 de enero de 1998, por la que se autorizó al interesado la instalación de la oficina de farmacia en el margen derecho de la Avda. Diego Betancor Suárez, en el municipio de Las Palmas de Gran Canaria.

Contra esta Resolución se interpusieron dos recursos ordinarios, que fueron desestimados por Orden del Consejero de 28 de mayo de 1998, levantándose acta de apertura y funcionamiento de la oficina de farmacia el 17 de septiembre del mismo año.

Promovido después recurso contencioso administrativo, sin embargo, el TSJC dictó Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2000, por la que se anuló la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo de 8 de julio de 1997, al considerar que no se cumplía el requisito de la existencia de un núcleo diferenciado previsto en el art. 3.1.b) del Decreto 909/1978, de 14 de abril, declarando ajustada a Derecho en su consecuencia la Resolución de 25 de marzo de 1996 del Colegio Oficial de Farmacéuticos.

Una vez notificada la citada Sentencia, tanto la Comunidad Autónoma como M.H.D.E.H., interpusieron sendos recursos de casación, si bien este último fue inadmitido mediante Auto de 22 de mayo de 2003.

Finalmente, se dicta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 28 de septiembre de 2004, que declara también la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias.

El 10 de febrero de 2005 se recibe en la Dirección General de Farmacia escrito de la Secretaría General Técnica de 31 de enero de 2005, por el que se adjunta copia del oficio del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 21 de septiembre de 2004 que ordena el inmediato cumplimiento de la Sentencia firme de 24 de noviembre de 2000, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de ese mismo Tribunal, en virtud del fallo contenido en la mencionada sentencia del TS de 28 de septiembre de 2004.

El 23 de febrero de 2005 se dicta Resolución de la Dirección del Servicio Canario de Salud, por la que se ordena la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo, que tiene como consecuencia el cierre de la oficina de farmacia, que ha tenido lugar al notificar dicha Resolución al interesado mediante el acta de inspección levantada en la propia oficina de farmacia con fecha 23 de marzo de 2005.

Contra la anterior Resolución de 23 de febrero de 2005, el interesado promovió recurso de reposición, que fue inadmitido el 29 de abril de 2005.

Finalmente, el 8 de julio de 2005, el interesado interpone la presente reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de la autorización de apertura de la oficina de farmacia y su consiguiente cierre. De acuerdo con el informe pericial que aporta con su solicitud, estima que el daño causado asciende a la cantidad de 1.836.880,11 euros.

2. En el presente procedimiento, el reclamante ostenta legitimación activa, al haber sufrido un daño de carácter patrimonial cuya causación imputa al funcionamiento de la Administración autonómica.

La legitimación pasiva corresponde, por su parte, a la Administración autonómica, al haber dictado el acto, posteriormente anulado, que según el reclamante le ha causado el daño.

Se cumple igualmente el requisito de la no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado antes del transcurso del plazo de un año desde que se dictó la sentencia definitiva, de acuerdo con lo establecido en el art. 142.4 LPAC.

Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, se ha dado cumplimiento a los trámites legal y reglamentariamente establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. En particular, consta en el expediente el preceptivo informe del servicio directamente concernido en los presuntos daños -en este caso, el Servicio de Ordenación Farmacéutica-, se ha otorgado el trámite de audiencia al interesado y se ha emitido el también preceptivo informe del Servicio Jurídico.

III

1. La presente reclamación de responsabilidad patrimonial tiene su causa en la anulación por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de la Orden de 8 de julio de 1997 por la que se autorizó al interesado la instalación de la oficina de farmacia.

En el presente caso, la autorización para la instalación de la oficina de farmacia se fundamentó en la posibilidad prevista en el art. 3.1.b) del Decreto 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las Oficinas de Farmacia, que permite la instalación en el caso de que la farmacia vaya a atender a un núcleo de población de, al menos, dos mil habitantes, frente a la norma general que establece que el nº total de oficinas de farmacia en cada Municipio no podrá exceder de una por cada cuatro mil habitantes (art. 3.1, párrafo inicial). Este supuesto se configura en la norma con carácter excepcional frente al criterio general restrictivo y exige la concurrencia, además de una población mínima de 2.000 habitantes, de los requisitos de que constituya un núcleo de población diferenciado, esto es, un núcleo 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 (arts. 3.2 del Decreto 909/1978 y art. 3.2 de la Orden de desarrollo, de 21 de noviembre de 1979) y distancia de 500 metros o más respecto de las oficinas de farmacia existentes.

La Orden del Consejero de Sanidad fundamentó la autorización en la existencia de un núcleo de población diferenciado en la zona para la que se solicitó la apertura de la oficina de farmacia debido a la intensidad del tráfico, al configurar la

existencia de una carretera con intenso tráfico como un obstáculo que permite alcanzar tal diferenciación. Sin embargo, la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Canarias anuló esta Orden por considerar que la sola intensidad del tráfico no es suficiente para considerar la existencia de un elemento delimitador del núcleo. En el mismo sentido, la STS de 28 de septiembre de 2004, que declaró inadmisibile el recurso presentado contra aquella Sentencia, señala como reiterada jurisprudencia del propio Tribunal (SSTS de 18 de octubre de 1999, 13 de marzo de 2001, 9 de octubre de 2001 y 20 de noviembre de 2001) que la sola intensidad del tráfico no es dato que justifique y autorice la declaración de núcleo para una zona determinada, pues lo trascendente no es la carretera o tráfico por sí solos, sino la incomodidad, penosidad o peligrosidad que el paso de una calzada pueda ocasionar a los usuarios del servicio farmacéutico, y por tanto se ha de valorar y acreditar el tráfico, las características de la calzada y la existencia o no de pasos de peatones o semáforos para a partir de ellos determinar si concurren o no las condiciones exigidas.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de Canarias basó también la anulación de la Orden de referencia en el hecho de que el Tribunal Supremo por Sentencia de 17 de abril de 1998 había declarado que el mismo núcleo para el que se concedió la autorización de apertura de farmacia no podía tener esa consideración de "núcleo" a los efectos de la aplicación del art. 3.1.b) del Decreto 909/1978. A ello añade el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de septiembre de 2004 la consideración de que si el mismo núcleo ha sido propuesto con anterioridad y se ha declarado por sentencia firme que no existe tal núcleo, es claro que, aunque no se pueda apreciar la existencia de cosa juzgada para una petición posterior, sí que procede y es obligado recoger la doctrina anterior sobre el mismo núcleo, a no ser que se acredite, no sólo que han cambiado las circunstancias, sino además que ese cambio posibilita, por las razones y datos que se expongan, una nueva solución por concurrir las circunstancias exigidas para la existencia del núcleo.

2. La Propuesta de Resolución culminatoria del presente procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con el informe del servicio afectado, desestima la pretensión indemnizatoria del interesado sobre la base de que la anulación de un acto no presupone el derecho a la indemnización y de que, cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales o, como ocurre en este caso, de la aplicación 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 actúe dentro de unos márgenes razonados y razonables y de forma no arbitraria ya que la lesión que en su caso se produzca no reviste el carácter de antijurídica.

De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 5 de febrero de 1996, 29 de octubre de 1998, 9 de marzo de 1999, 16 de septiembre de 1999), en efecto, la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos administrativos en los que han debido aplicarse conceptos jurídicos indeterminados exige tener en cuenta que la aplicación de la norma al caso concreto no ha de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración de conceptos de aquella naturaleza que son determinantes del sentido de la resolución que finalmente se dicte. En estos casos, cuando la Administración ejercita sus facultades de apreciación dentro de unos márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que puedan concurrir, la lesión que pudiera derivar de la anulación del acto no reviste el carácter de antijurídica o, lo que es lo mismo, no se trata de una lesión que el interesado no tenga el deber de soportar (STS de 5 de febrero de 1996).

Proyectada esta doctrina sobre el supuesto objeto de nuestra consideración, la aplicación del concepto jurídico indeterminado "núcleo diferenciado" que habilita la apertura de una oficina de farmacia por la vía excepcional del art. 3.1.b) del Decreto 909/1978 exige ponderar en cada caso las especiales circunstancias concurrentes. Ello explica que en la interpretación y aplicación de la normativa relativa a la apertura de las oficinas de farmacia los criterios no han sido unánimes, dada la extraordinaria variabilidad de las circunstancias a tener en cuenta para fijar el alcance real del concepto "núcleo", lo que a su vez se ha reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no siempre homogénea. Se trata de una cuestión de relevancia en el presente supuesto. Como ya se ha señalado, la Administración Autonómica basó el otorgamiento de la autorización en la intensidad del tráfico, al considerar que se trataba de un obstáculo que permitía delimitar un núcleo diferenciado.

Corresponde ahora determinar si procede en el presente caso aplicar esta doctrina, al objeto de pronunciarnos justamente sobre la conformidad a Derecho de la PR sometida a nuestra consideración.

3. De entrada, y de conformidad con lo previsto en el art. 142.4 LPAC, la anulación del acto administrativo, ciertamente, no presupone derecho a la indemnización. Ello supone que la responsabilidad patrimonial de la Administración por los perjuicios ocasionados a un particular como consecuencia de los actos cuya anulación se obtenga en la vía jurisdiccional no es secuela necesaria derivada de dicha anulación, sino que requiere la efectiva realidad de un daño material, económicamente evaluable, que el interesado no tenga la obligación de soportar y que se haya producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Se requiere, en definitiva, la concurrencia de los requisitos legalmente previstos en el art. 139 LPAC para que proceda la declaración de responsabilidad de la Administración.

Así lo acierta a indicar la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen. Lo que, sin embargo, no resulta de recibo es la consecuencia que, de un modo natural, pretende extraerse a partir de esta consideración o que implícita o veladamente pretende darse a entender también a partir de ella, esto es, que en la responsabilidad patrimonial de la Administración que tiene su origen en un acto administrativo se produce una especie de modulación del régimen jurídico general vigente en esta materia. Tal aseveración resulta, sencillamente, inadmisibile. Ni hay tal modulación, ni puede haberla, si se tiene presente que dicho régimen jurídico general está directamente determinado por la Constitución y, por tanto, no está a la disponibilidad de los Poderes Públicos, incluido, el propio Legislador.

Siendo ello así, la única consecuencia legítima que cabe deducir del precepto legal objeto de nuestro examen (art. 142.4 LRJAP-PAC) es la que expresamente admite dicho precepto: el efecto indemnizatorio no puede asociarse automáticamente a la anulación de una resolución administrativa: Pero, desde luego, tampoco obsta el precepto legal invocado para que, como consecuencia de la anulación de una resolución administrativa, pueda existir un derecho de indemnización. Ni cabe interpretar el precepto como si dijera que la anulación de una resolución administrativa nunca dará lugar a derecho a indemnización, ni cabe interpretarlo como si afirmara que siempre generará ese derecho.

4. Por otro lado, y desde distinto orden de consideraciones, tampoco cabe referirse en rigor a la existencia de potestades discrecionales en el supuesto que nos ocupa, como también parece deducirse de la PR. Sí que concurren en el mismo conceptos jurídicos indeterminados. Pero, precisamente por eso, ha de excluirse la presencia de potestades administrativas del carácter antes indicado; antes bien, los conceptos jurídicos indeterminados constituyen expresión de la existencia de una potestad de carácter reglado. Desde esta perspectiva, las dificultades para aplicar sin más a estos casos la denominada doctrina jurisprudencial del “margen de tolerancia” aumentan.

Como señala el Tribunal Supremo, la Sentencia de 17 de abril de 1998 (que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Canarias de 13 de junio de 1993) ya había declarado para un supuesto similar que la zona para la que fue concedida la autorización no era tal núcleo diferenciado.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la citada Sentencia es posterior a la Orden del Consejero, de fecha 8 de julio de 1997, que se pronuncia, en nuestro caso, en sentido favorable a la existencia de dicho núcleo. No pudo por tanto ser tenida en cuenta.

Esto no obstante, no menos cierto es que, ya con anterioridad (por ejemplo, STS de 22 de febrero de 1994), la jurisprudencia había venido afirmando con toda claridad, como reconoce la STS de 26 de septiembre de 2001, la imposibilidad de acudir como único criterio para legitimar la existencia de un núcleo diferenciado de población, en los términos dispuestos legalmente, la existencia de un tráfico rodado intenso. Y, precisamente por ello queda descartada la existencia de dicho núcleo de población, con carácter general, cuando hay semáforos o pasos de peatones; a menos que, ya por último, y como excepción a la excepción, concurren en dichos cruces circunstancias de incomodidad notoria, si no de peligro real.

Se trata, como puede fácilmente percibirse, de la aplicación de típicos conceptos jurídicos indeterminados; lo que descarta de raíz la existencia de potestades discrecionales. Con todo, no excluye ello de por sí la posibilidad de apelar a la doctrina jurisprudencial del “margen de tolerancia”, porque los conceptos jurídicos indeterminados admiten también un cierto margen de apreciación (en el denominado “halo” del concepto o zona de incertidumbre; excluidas, por tanto, sus respectivas zonas de certeza positiva y negativa); aunque, como no puede ser de otro modo, dificulta su operatividad y merma sus posibilidades.

En cualquier caso, lo que no puede aceptarse, como criterio para eludir ahora la responsabilidad patrimonial de la Administración, es hacer descansar sobre un único criterio -como la existencia de tráfico rodado intenso- el ejercicio de la potestad administrativa para autorizar la apertura de una farmacia. Y, en el supuesto que nos ocupa, y según los términos que resultan del expediente, la Administración no aportado sino dicho criterio. Dicho criterio es de por sí notoriamente insuficiente. Esto es claro en la jurisprudencia, y lo era ya cuando se ejercitó la potestad autorizatoria en nuestro caso. Es dudosa, en consecuencia, la concurrencia de la razonabilidad que pretende sostenerse de contrario, al menos, se insiste, de acuerdo con lo que resulta del expediente.

5. Pero es que, además, en última instancia, la propia doctrina jurisprudencial del denominado "margen de tolerancia" resulta en sí misma polémica y controvertida. Si bien es forzoso reconocer la existencia de una inequívoca línea jurisprudencial en el sentido expuesto, no menos cierto es que conviven junto a dicha línea resoluciones judiciales de signo opuesto. Como la STS de 20 de febrero de 1989, que expresamente rechaza la necesidad de conceder a la Administración un "margen de tolerancia" que la exima de responsabilidad "en los casos en que nos hallemos ante cuestiones discutibles"; porque, como prosigue la sentencia diciendo, "esta tesis, que pudiera ser aplicada en algunos casos extremos, pugna con la declaración constitucional -art. 106- que concede a los ciudadanos el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Por otra parte, la alusión a las "cuestiones discutibles" haría prácticamente inaplicable el precepto constitucional, puesto que (...) en todos los procesos se discute con mayores o menores fundamentos para la oposición y, de este forma, se convertiría en excepción -indemnización- lo que la Constitución, ahora, y antes la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la de Expropiación Forzosa habían establecido como norma general".

Desde este punto de vista, la STS de 20 de febrero de 1989 declara, con la autoridad que le es propia, que "no es, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, esto es, la realidad de los daños y la circunstancia de que el ciudadano no esté obligado a soportarlos,

además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa”.

De conformidad a lo expuesto, y como el propio Consejo de Estado acierta a expresar en una de sus memorias anuales (1990), la mera insinuación de que, en consideración a la complejidad de la cuestión o cualquier otro aspecto de análogo significado, existen márgenes de excusabilidad que delimitan ámbitos en los que la Administración queda exonerada de responsabilidad comporta la introducción de elementos, no sólo extraños a la objetividad de la responsabilidad proclamada, sino capaces de llevar a su desnaturalización. Lo importante es resaltar las limitaciones y riesgos insitos en una fundamentación jurídica que acusa cierto reflejo de elementos en los que gravitan juicios o prejuicios sobre la actuación administrativa, tal vez por imperceptible inercia que hace en algún grado presente la tradicional correlación entre responsabilidad y culpabilidad.

Aplicando esta serie de consideraciones al supuesto objeto de nuestra consideración resultaría procedente reformular la PR objeto de este Dictamen; y, concretamente, a fin de atender a la doctrina indicada, habría que situar en el centro de la cuestión tanto en la realidad del perjuicio causado -algo que efectivamente puede ser puesto en duda o, cuando menos, incidir sobre la cuantía reclamada, si se tiene presente que la farmacia ha estado seis años en funcionamiento y que, durante este tiempo, han podido acaso amortizarse los gastos de la inversión- como en la propia influencia ejercida por la conducta del interesado en la causa determinante del evento dañoso.

En suma, procede del modo expuesto la aplicación de los criterios habituales, y alejarse de soluciones alternativas, de dudoso y controvertido anclaje jurídico. Tampoco cabe invocar la jurisprudencia en un sentido u otro sin atender a las circunstancias específicas de cada caso, puesto que en ocasiones quien reclama es un tercero, por ejemplo, o en otras, como en la STS de 13 de octubre de 1999, que cita en la propia PR, la reclamación se postula (y se rechaza) junto con el reconocimiento del derecho a la apertura de una farmacia, que había sido denegada en sede administrativa (lo contrario, por tanto, que en el supuesto que nos ocupa). En fin, de acuerdo con la doctrina del margen de tolerancia, todavía resultaría más inexplicable justificar la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal de la Administración o, desde la perspectiva que nos es propia, sobre la base de actos administrativos perfectamente legales, algo que también puede

perfectamente tener lugar, como reiteradamente ha reconocido este Consejo Consultivo y también finalmente, y después de recorrer un largo trecho, la propia jurisprudencia, por ejemplo, en supuestos bien conocidos, como la privación de acceso a los establecimientos, o a propiedades colindantes, desde una vía pública.

C O N C L U S I Ó N

Es jurídicamente inadecuada la fundamentación sobre la que descansa la PR objeto de este Dictamen. Procede reformular dicha Propuesta de Resolución, de acuerdo con los criterios expresados en el Fundamento III de este Dictamen (particularmente, de acuerdo con los criterios indicados en los apartados 3, 4 y 5 de dicho Fundamento).