



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 7 5 / 2 0 0 7

(Pleno)

La Laguna, a 19 de abril de 2007.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre *determinados extremos de especial relevancia en relación con la aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias (EXP. 109/2007 CG)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno solicita, mediante escrito de 12 de marzo de 2007, Dictamen facultativo sobre determinados extremos en relación con la aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias, que conciernen a la aplicación del Derecho anterior y a la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica (LOF) vigente respecto a los denominados "expedientes en trámite" definidos en la citada disposición.

La petición de Dictamen a este Consejo por la Presidencia del Gobierno, al amparo del art. 14 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, ha sido remitida a instancia de la Excmo. Sra. Consejera de Sanidad, a tenor de la solicitud que se reseña en el expediente de fecha 8 de febrero del corriente en la que se demanda, a la vista de las vacantes, autorización para la apertura "de una oficina de farmacia en la zona TF-5" que se concreta en el expediente remitido a este Consejo, dados los términos de la citada disposición transitoria y el alcance del nuevo Mapa Farmacéutico de Canarias, aprobado por Orden de 16 de enero de 2007 (Mapa Farmacéutico de 2007), cuyo Anexo contempla en la citada zona la instalación de "dos nuevas farmacias".

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

* **VOTO PARTICULAR:** Sres. Bosch Benítez y Fajardo Spínola.

Las razones que fundamentan las cuestiones sobre las que se solicita Dictamen no sólo son de índole normativa, pues consta que el solicitante, el 22 de noviembre de 1993, instó la autorización de oficina de farmacia, impugnó la Resolución del procedimiento tramitado (Resolución de 18 de octubre de 1998, por la que se concedió autorización de apertura a C.D.C.G.), primero en vía administrativa, desestimada por Orden de 20 de abril de 1999, luego, en vía jurisdiccional (recurso 635/1999, ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia) estando pendiente de fallo y finalmente, una vez conocidos los términos del Dictamen de este Consejo 90/2003, de 20 de junio (emitido en relación también con la Consulta Gubernativa sobre determinadas cuestiones acerca de autorizaciones de farmacia que concernían al alcance de la disposición transitoria segunda del Decreto Territorial 258/1997, de 16 de octubre), se insta, mediante escrito de 13 de abril de 2004, la revisión de oficio del acto resolutorio solicitando que "(...) sin perjuicio de conservar las facultades autorizatorias otorgadas en dicha Resolución a favor de C.D.C.G., se retrotraiga el procedimiento y se resuelva sobre el otorgamiento de una segunda oficina de farmacia en el núcleo de Barrio de Añaza respecto a los peticionarios incluidos en el expediente de referencia".

Con tales antecedentes, se requiere de este Consejo parecer motivado sobre cuatro cuestiones, relativas a la interpretación posible de la disposición transitoria segunda de la LOF.

2. Las cuestiones planteadas son las que siguen:

Primera. "Si la transcrita disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005 es de aplicación a la solicitud de revisión de oficio presentada por el Sr. G.H., teniendo en cuenta los requisitos y características que la citada disposición transitoria segunda exige, esto es, la existencia de un expediente en trámite por haberse promovido la revisión o modificación de resoluciones definitivas en vía administrativa y si esta circunstancia se mantiene en la actualidad a pesar de ser de aplicación lo previsto en el art. 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En definitiva si deben entenderse que subsiste el expediente de revisión como elemento que permite enlazar la falta de su resolución expresa con la condición de expediente en trámite al que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005".

En este contexto, también se solicita Dictamen sobre las "repercusiones que pudieran apreciarse si se considera que no coinciden totalmente los requisitos personales de los solicitantes en el procedimiento inicial promovido bajo el amparo del art. 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, con el firmante del que debe considerarse

expediente en trámite (...), ya que no existe plena coincidencia personal en la revisión de oficio ni en la solicitud última presentada”, que lo fue el 8 de febrero de 2007.

Segunda. Si la consideración de “expediente en trámite” implica necesariamente que la Administración actuante inicie un procedimiento que permita participar a todos los solicitantes que en su día se personaron en el expediente original y continúe su tramitación conforme con la normativa señalada en el párrafo segundo de la disposición transitoria segunda (...), pero (aplicándose) la Ley y normas posteriores (...) en lo que respecta al número de vacantes actuales y a las condiciones y características de los locales”.

Tercera. Las “consecuencias que pudieran introducirse en el expediente para el supuesto de que hubiera pronunciamiento jurisdiccional sobre la apertura de una segunda oficina en el núcleo de Añaza, cuestión que está actualmente *sub iudice*”.

Cuarta. Tras indicar que la presente solicitud de Dictamen es independiente de “aquéllos otros preceptivos que sea necesario incorporar al procedimiento que se determine”, se consulta si la “solicitud planteada tiene su enlace en la de revisión de oficio del peticionario, que exigiría Dictamen final (del Consejo Consultivo) o si, por el contrario, se considera que la aplicación de la normativa anterior no exige tal requisito”.

II

1. El Proyecto de la vigente Ley de Ordenación Farmacéutica 4/2005, de 13 de julio, fue dictaminado por este Consejo (DCC 75/2003, de 13 de mayo) sin observación alguna a sus disposiciones transitorias.

Una vez dictaminado se formularon en el correspondiente trámite parlamentario, entre otras, la enmienda nº 60 de modificación del contenido y redacción de la disposición transitoria segunda (Boletín Oficial del Parlamento de Canarias, num. 173, de 5 de noviembre de 2004), sustituyéndose el texto original de la citada disposición transitoria segunda por el pasaje que figura en la vigente Ley.

Las actuales dificultades de interpretación de la mencionada disposición legal no fueron expuestas por este Consejo en su momento al no haber tenido ocasión de pronunciarse sobre las mismas.

La disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias, con la rúbrica "Expedientes en trámite. Régimen normativo aplicable", señala: "Serán considerados expedientes en trámite aquéllos relativos a la autorización de establecimientos y servicios farmacéuticos, a los que se refiere el Título Segundo (sobre los) que, a la entrada en vigor, de la presente Ley, no se hubiera dictado Resolución definitiva en vía administrativa. Tendrán igual consideración aquéllos que se hubieran promovido para la revisión o modificación de Resoluciones definitivas en vía administrativa dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley".

Dos supuestos contempla la disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005, de "expedientes en trámite": A) aquéllos sobre los que, a la entrada en vigor de la presente ley, no se hubiera dictado resolución definitiva en vía administrativa; y B) los resueltos definitivamente en vía administrativa con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley respecto a los que se hubiera promovido la revisión o modificación.

En el escrito de solicitud de Dictamen facultativo a este Consejo, se señala que con fecha 18 de octubre de 1998 se dictó Resolución administrativa por la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de Salud resolviendo el expediente acumulado de solicitudes de autorización de instalación de oficinas de farmacia en el núcleo denominado "urbanización de Añaza", contra la que se interpusieron por partes interesadas recursos ordinarios, que se acumularon, y que fueron resueltos por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo mediante la Orden departamental núm. 440, de 20 de abril de 1999. Por lo tanto, al expediente concluido en la forma expresada no le es de aplicación el primer supuesto contemplado en la disposición transitoria segunda (en concordancia además con lo previsto en los art. 109 de la Ley 30/1992 (LRJAP-PAC) y 29.1 de la Ley Canaria 14/1990).

El Legislador (segundo inciso del párrafo primero de la disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005) atribuye igual consideración de "expedientes en trámite" también a aquellos que se hubieran promovido para la revisión o modificación de resoluciones definitivas en vía administrativa dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley 4/2005.

En consonancia con esta previsión legal, en la inteligencia de la interpretación que formulamos del contenido y finalidad del precepto, en cuanto a los efectos eventualmente deducibles derivados de la solicitud de revisión de oficio formulada

contra la citada Orden departamental (440/90), podría generar efectos en la nulidad de las Resoluciones recaídas afectadas.

Por lo que la solicitud de revisión de oficio formulada contra la citada Orden departamental (440/99) tiene el carácter de "expediente en trámite" y no de causa terminada (*causa finita, negotium decisum*), que no se frustra por lo previsto en el art. 102.5 LRJAP-PAC, que establece que, "cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse Resolución definitiva producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiere iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo", ya que el procedimiento de revisión se ha iniciado a solicitud de parte interesada (art. 102.1 LRJAP-PAC) y por persona legitimada (art. 31.1.a) LRJAP-PAC).

Existe, pues, una petición que no se produce por vía de recurso, dirigida a la Administración en solicitud de que proceda a la revisión de un acto que se considera nulo por alguno de los motivos tasados en la Ley.

La petición formulada, a su vez, es específica y concreta ante el acto que se pretende anular, sin que conste en el expediente administrativo inadmisión a trámite alguna de la citada solicitud de revisión.

La pretensión de revisión conlleva para la Administración el deber de proceder a la apertura del correspondiente expediente, en el que, tras los trámites de rigor legalmente establecidos, determine si el acto cuya revisión se ha solicitado por parte legítima adolece o no de los vicios que se invocan, como fundamento de la revisión.

Es evidente que la omisión de la tramitación del procedimiento de revisión puede considerarse como desestimación presunta por silencio, pero en cualquier caso, recae sobre la Administración el deber de resolver el procedimiento dictando resolución expresa, determinando la concurrencia o no de la causa de revisión invocada [SSTS 12 de diciembre de 2001, RJ-1122; 24 de octubre de 2000 (RJ-900)], ya que el silencio negativo se basa en una mera ficción legal de considerar producido un acto tácito desestimatorio con la única finalidad de impedir que la inactividad de la Administración constituya un obstáculo insuperable para acceder a la tutela judicial por falta de decisión administrativa previa.

Atendiendo tanto al sentido literal de la disposición transitoria segunda como a la *voluntas legislatoris* como al sentido finalista o teleológico de la citada

disposición, teniendo en cuenta las circunstancias y antecedentes de la norma, la *ratio legis* específica de la misma (significación individual de la regla) es la de atribuir la consideración de "expediente en trámite" a los asuntos promovidos para revisar o modificar Resoluciones definitivas en vía administrativa, sin más límite, siempre que las citadas Resoluciones administrativas se hayan dictado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2005.

En consecuencia, la subsistencia del expediente de revisión, sin Resolución expresa por la administración, no priva a la citada solicitud de revisión, del carácter de "expediente en tramitación", al que, expresamente, se refiere al disposición transitoria segunda de la Ley.

2. Sobre la no incidencia de los requisitos personales de los solicitantes en el procedimiento inicial con el expediente posterior al amparo de la disposición transitoria segunda y sobre la necesaria o no participación de todos los solicitantes del expediente original.

La Ley en este punto es clara: expediente en trámite será el derivado de un procedimiento de revisión instruido contra la correspondiente Resolución administrativa dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

La disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005, se refiere genéricamente a la "revisión" o "modificación" de Resoluciones definitivas en vía administrativa. No concreta si se trata de la revisión de oficio que puede interponerse en cualquier momento contra los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 62.1 (art. 102.1 LRJAP-PAC) o de la revisión denominada recurso extraordinario de revisión que se da contra actos firmes en vía administrativa, cuando concurre alguna de las circunstancias (motivos tasados) que enumera el art. 118 LRJAP-PAC.

La disposición transitoria segunda, se refiere únicamente a Resoluciones *definitivas* en vía administrativa siendo necesario, por ello, diferenciar entre actos "definitivos" o que causen estado y actos "firmes", a pesar de que gran parte de la doctrina viene confundiendo ambos conceptos. Por lo tanto, si se ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo, el acto administrativo no es firme y, por consiguiente, no cabe deducir contra él recurso extraordinario de revisión (STS 10 de mayo de 1999, RJ-4800).

Por otro lado, la revisión de oficio -de disposiciones o actos- procede en cualquier momento. El recurso extraordinario de revisión, por el contrario, debe interponerse dentro de los plazos establecidos -cuatro años siguientes a la notificación de la resolución impugnada (causa primera) o en el plazo de tres meses a contar del conocimiento de los documentos o desde que la Sentencia judicial quedó firme- (art. 118.2 LRJAP-PAC).

Así, cuando la disposición transitoria segunda señala “promovido para la revisión (...) de resoluciones administrativas, en vía definitiva” incluye la denominada de oficio, bien sea porque la propia Administración pretenda la nulidad de sus propios actos de oficio, siempre que no concurra alguno de los límites que establece el art. 106 LRJAP-PAC, o a instancia de interesado.

Aunque el procedimiento revisor haya sido instado por uno de los interesados iniciales, deben ser llamados al mismo todos los demás que poseen interés legítimo en la resolución del procedimiento. Pero esto no quiere decir que al margen del procedimiento revisor tenga que abrirse un “procedimiento multilateral” en el que deban participar todos los que en su día intervinieron en el procedimiento inicial. La intervención de esos interesados se produce como titulares de intereses legítimos en el contexto del procedimiento revisor incoado. Y ese nuevo procedimiento multilateral, si se incoase, no tendría esa cualidad, por lo que no le sería de aplicación la legalidad anterior (a la que se refiere la disposición transitoria segunda LOF), sino la nueva legalidad.

La legislación aplicable es la normativa jurídica vigente en el momento de la solicitud inicial de la autorización. La disposición transitoria segunda, apartado segundo, permite, no obstante, que en los casos de apertura de nuevas oficinas de farmacia, puedan tenerse en cuenta, las vacantes complementarias existentes en el momento de la resolución, atendiendo, para ello, a las previsiones para la correspondiente Zona del Mapa Farmacéutico, siempre que los locales reúnan las condiciones que establece la Ley 4/2005.

3. Sobre el Mapa Farmacéutico.

El art. 23 de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias, regula el Mapa Farmacéutico al establecer que “los criterios de planificación farmacéutica se concretarán en el Mapa Farmacéutico de Canarias, configurado como norma reglamentaria, aprobada por Orden del Consejero competente en materia de ordenación farmacéutica, una vez oídos, entre otros, los

Ayuntamientos y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos". Y según el apartado 2, "el contenido del Mapa Farmacéutico tendrá carácter vinculante y relacionará todas las zonas farmacéuticas de la Comunidad Autónoma de Canarias, con expresión de sus características esenciales".

El art. 24 LOF, a su vez, dispone: "1. El Mapa Farmacéutico de Canarias será revisado cada cinco años. Excepcionalmente, podrá ser modificado cuando circunstancias de carácter extraordinario lo justifiquen.

2. Las revisiones y modificaciones quedan sujetas a lo señalado para su aprobación".

El Mapa Farmacéutico tiene, en suma, su engarce en las zonas farmacéuticas. El Mapa es la concreción gráfica de los criterios de planificación que se precisan en las distintas zonas farmacéuticas.

La primera cuestión a señalar es la de si el Mapa Farmacéutico, aprobado por Orden departamental de fecha 16 de enero 2007, es o no de aplicación a los expedientes en trámite a los que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005.

La disposición transitoria segunda, segundo apartado, dispone que la normativa jurídica de aplicación a los expedientes referidos en el primer apartado es la legislación vigente, en el momento de la solicitud inicial de la autorización, pero si se trata de la apertura de nuevas oficinas de farmacia, podrán tenerse en cuenta las vacantes complementarias en el momento de la resolución, atendiendo a las correspondientes zonas del Mapa Farmacéutico, "actualizado a la fecha de entrada en vigor de la Ley".

En consecuencia, el mencionado apartado segundo de la citada disposición transitoria permite una aplicación flexible de la legalidad vigente en el momento de la resolución de los "expedientes en trámite", en garantía del principio pro-apertura, para la adecuada atención farmacéutico-sanitaria, en tutela de la protección de los ciudadanos y del principio de libre ejercicio profesional.

En la resolución de los "expedientes en trámite" podrán tenerse en cuenta las vacantes complementarias atendiendo a las previsiones de zona y Mapa Farmacéutico vigente, siendo de aplicación el Mapa Farmacéutico vigente, aprobado por Orden departamental de 16 de enero de 2007. Así, se deduce expresamente de la citada disposición transitoria segunda y, también, de una interpretación lógica ya que el Mapa vigente es el instrumento legal actualizado, en el que contemplando las zonas

farmacéuticas y sus características esenciales, conforme con los parámetros legales de planificación tanto estatal, de carácter básico, como los criterios contemplados en la Ley 4/2005, determina las oficinas de farmacia necesarias para cada zona, para una asistencia sanitaria eficaz según las necesidades reales, derivadas de los datos actualizados, entre otros extremos, de los correspondientes padrones de habitantes. Como disposición transitoria pretende facilitar el tránsito de una norma a otra.

La existencia de dos vacantes de oficina de farmacia en la zona farmacéutica (F 5 en la resolución del expediente en trámite), permite a la Administración resolver de manera flexible sin interpretaciones restrictivas (*favor libertatis*), criterio hermenéutico decisorio de situaciones fronterizas, resolviendo a favor de la instalación de la farmacia de que se trate, autorizándolo siempre que se cumplan los demás requisitos legales, y dando con ello respuesta, después de tan largo período temporal transcurrido, a los “expedientes en trámite”, con la cobertura legal de la citada disposición transitoria segunda.

En cuanto a la autorización de la otra vacante, debe tramitarse y resolverse, de no existir ningún otro expediente en trámite, por las vías y procedimientos ordinarios contemplados, con carácter general, en la Ley 4/2005.

Por las razones aludidas, no procede realizar una interpretación aislada de la disposición transitoria segunda, sino, por el contrario, en relación con la disposición transitoria primera que se refiere al “Mapa Farmacéutico y Zonas Farmacéuticas” y que establece: “el Gobierno en un plazo de 6 meses desde la publicación de la presente Ley deberá aprobar el Mapa Farmacéutico de Canarias y sus respectivas zonas actualizado a la fecha de entrada en vigor de esta Ley” (23 de julio de 2005).

El Proyecto de Orden en la que se aprobó el Mapa Farmacéutico fue dictaminado por este Consejo (DCC 415/2006, de 11 de noviembre), señalándose entonces que “el Gobierno no procedió a aprobar en el plazo concedido ni ejercitó la facultad derivada de la disposición final segunda que le permitía dictar en el plazo máximo de un año cuantas disposiciones fuesen necesarias para el desarrollo de la Ley”, razón por la que el Consejero competente en materia de Ordenación Farmacéutica había asumido habilitación para aprobar el Mapa Farmacéutico.

En el mismo Dictamen 415/2006 de este Consejo, se expresaba que la Propuesta de Orden relativa al Mapa Farmacéutico no era de modificación, sino de aprobación, de conformidad con el actual marco normativo jurídico y de la delimitación de las zonas farmacéuticas de Canarias (Ley 4/2005). Así, en el mismo sentido, la Orden de

16 de enero de 2007 señala que “en la elaboración del Mapa Farmacéutico se ha contabilizado a la población conforme a la disposición adicional primera de la Ley 4/2005”.

La Orden de la delimitación de zonas fue objeto a su vez de impugnación judicial, acordando la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas, por Auto de fecha 13 de septiembre de 2006, la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la citada Orden en las zonas “Gran Canaria 23 y 24”.

Este Consejo consideró que la citada suspensión parcial permitía, no obstante, su aprobación, entre otras razones por el retraso existente para las restantes zonas no afectadas por la medida judicial, hasta el punto de que en la aprobación de dicho Mapa por la mencionada Orden de 16 de enero de 2007, se señalaba expresamente que “no procede incluir la expresión de las características esenciales de las citadas zonas Farmacéuticas (GC 23 y GC 24) ni la aplicación de los criterios de ordenación hasta tanto se dicte sentencia en el referido recurso contencioso-administrativo, momento en el que se adoptarán las medidas procedentes a efectos de planificación del espacio afectado. Estas dificultades unidas a la complejidad y a la necesidad de la intervención de determinados colectivos para revisar la adecuada delimitación de las zonas farmacéuticas atendiendo a las características geográficas, poblacionales, socio-económicas y a los recursos sanitarios disponibles (art. 20 LOF) y en un segundo plano para la determinación del mapa farmacéutico, en la que se deben concretar los criterios de la planificación farmacéuticas (una vez oídos los Ayuntamientos y los Colegios de Farmacéuticos, art. 23 LOF), explica, en parte, el retraso en la aprobación del Mapa Farmacéutico y sus respectivas zonas actualizado “a la fecha de entrada en vigor de esta Ley”, al que se refiere la disposición transitoria primera.

La singular referencia “actualizada a la fecha de entrada en vigor de esta Ley” indica, como es obvio, que la aprobación del Mapa Farmacéutico y sus respectivas zonas se debe realizar de manera actualizada, a partir de la entrada en vigor de la Ley.

Por ello, la cita de la disposición transitoria segunda, “según las previsiones para la correspondientes zonas del mapa farmacéutico, actualizada a la fecha de entrada en vigor de esta Ley”, no permite la interpretación errónea de que se refiera al Mapa Farmacéutico existente a la fecha de entrada en vigor de la Ley (Orden de 15 de abril de 1999, modificada por las Ordenes de 5 de junio de 2002 y 11 de septiembre de 2003), sino exclusivamente al Mapa aprobado tras la entrada en vigor de la Ley. Tal conclusión guarda plena adecuación, además, con el resto del tenor literal de la

citada disposición transitoria segunda, que señala que “cuando se trate de la apertura de nuevas oficinas de farmacia se puedan tener en cuenta, en su caso, las vacantes complementarias existentes en el momento de la resolución”. Las vacantes existentes en el momento de la resolución solamente las puede determinar un Mapa vigente y no el anterior a la aprobación de la Ley que no se ajusta plenamente a sus parámetros.

Dado que en la consulta formulada a este Consejo se reconoce la existencia de vacante complementaria y existiendo dos vacantes, nada impide la autorización de una segunda farmacia, siempre que el local cumpla con las condiciones establecidas por la Ley.

4. Sobre la incidencia de un pronunciamiento judicial en la eventual autorización de apertura de una segunda oficina de farmacia y sobre los efectos de una eventual Sentencia desestimatoria.

Diversas cuestiones son las que plantea esta consulta.

En primer lugar, debemos señalar que el proceso jurisdiccional 635/1999 recae sobre el recurso interpuesto contra la Orden núm. 440 del Consejero de Sanidad y Consumo, de fecha 20 de abril de 1999. El tema objeto de consulta, por el contrario, versa sobre un “expediente en trámite” que se fundamenta y tiene amparo legal, singularmente, en la disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005.

La resolución del expediente en trámite tiene fundamentación distinta y se apoya en textos legales posteriores al proceso judicial, por lo que no procede excepción alguna si varían las causas legales.

La causa de pedir o *causa petendi* requiere que ésta esté individualizada, ya que un mismo bien puede pedirse con base en causas de pedir muy diversas.

Los hechos así como la calificación jurídica alegada por el recurrente en el proceso judicial condicionan su petición concreta y delimitan el objeto del litigio y del pronunciamiento judicial.

En consecuencia, el asunto sometido al proceso judicial se limita a lo que conforma su objeto sin que la decisión judicial pueda extenderse más allá de lo que constituye la *causa petendi* o razón de pedir, delimitada por los elementos de hecho y por los elementos jurídicos.

Es evidente que una sentencia judicial tanto estimatoria como desestimatoria puede plantear ciertas dificultades.

Dado el contenido del recurso contencioso-administrativo, la decisión judicial, en el supuesto de ser estimatoria, al tratarse de un acto denegatorio, supondría además de la anulación del acto denegatorio, la condena a la Administración demandada a realizar las actuaciones requeridas (art. 31.2 de la Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA).

Los efectos de la sentencia desestimatoria, en su caso, vinculan, salvo excepciones, con carácter general a las dos partes, singularmente a la Administración, que podría ver reconocida la legalidad de su actuación administrativa.

Es evidente que los problemas anteriormente expuestos requieren como supuesto previo que se dicte una sentencia judicial definitiva.

Pero, al amparo del art. 74 LJCA, de autorizarse una nueva oficina de farmacia, el medio de evitar cualquier efecto derivado del pronunciamiento judicial (estimatorio o desestimatorio), puede obtenerse siempre que el recurrente desista del recurso, si dicho acto de disposición se realiza antes de la sentencia, lo que permitiría al órgano jurisdiccional competente declarar terminado el procedimiento judicial, ordenando el archivo de los asuntos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia (art. 74.2 LJCA).

Esta posibilidad se contempla, también, en el apartado 7 del art. 74 LJCA, que permite al recurrente desistir del recurso si la Administración reconoce en vía administrativa las pretensiones del actor.

Se trata de un modo de terminación del proceso sin sentencia, en virtud de un acto de parte expreso.

Por otro lado, la autorización de la apertura de una nueva oficina de farmacia a favor del recurrente puede considerarse como el reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del actor, permitiendo al órgano judicial dictar auto declarando terminado el procedimiento y ordenando el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo.

El desistimiento del recurso tiene efectos solamente, sin embargo, para quienes así lo solicitan o para quienes lo aceptan expresamente, pero no para los demás, respecto de los que por tanto el proceso judicial habrá de seguir su curso y prevalecerá lo que en el mismo se determine.

5. La última cuestión sobre la que se requiere el parecer de este Consejo es “si la solicitud planteada tiene su enlace en la de revisión de oficio del peticionario, que exigiría Dictamen final del máximo órgano consultivo o si, por el contrario, se considera que la aplicación de la normativa anterior no exige tal requisito”.

El interesado plantea distintas vías en aras a la tutela de su pretensión: recurso jurisdiccional, revisión de oficio y nueva solicitud, al amparo de la disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005.

Se aduce adecuación entre la última solicitud y el procedimiento de revisión de oficio. La existencia de este procedimiento, de conformidad con la disposición transitoria segunda LOF, permite atribuir la naturaleza de “expediente en trámite”, al que se podrá aplicar la legalidad anterior, y además tener en cuenta las nuevas oficinas de farmacia no cubiertas, según resulta del Mapa Farmacéutico vigente en el momento de la resolución.

En cuanto a la exigencia de intervención de este Consejo en el citado procedimiento de revisión de oficio, la misma se producirá independientemente de cuál sea la legalidad material aplicable, pues este Consejo interviene por prescripción de la legislación básica del Estado (Ley 30/1992) y de lo dispuesto en su ley constitutiva (Ley 5/2002), por lo que, si concurren los presupuestos necesarios, deberá emitir Dictamen, siempre que el procedimiento concluya en la forma ordinaria prevista en la Ley, pues podría ser que la solicitud incurriera en alguna causa de inadmisión (art. 102.3 LRJAP-PAC) o, finalmente, si concurre alguno de los límites de la revisión (art. 106 LRJAP-PAC). Nada de ello puede ser objeto de este Dictamen -tampoco si concurre o no la causa alegada de revisión [carecer la titular de la farmacia autorizada de los “requisitos esenciales” para la adquisición del derecho, art. 62.1.f) LRJAP-PAC].

Corresponde por tanto pronunciarse al respecto en el curso del procedimiento de revisión de oficio, y procede por lo mismo dejar esta cuestión sin prejuzgar, sin que con motivo de esta consulta pueda anticiparse juicio alguno sobre el fondo de este asunto.

CONCLUSIONES

Primera.

1. La revisión de oficio, a solicitud de parte interesada promovida el 13 de abril de 2004, puede determinar que el expediente de autorización de establecimientos y servicios farmacéuticos a los que se refiere el Título Segundo de la Ley 4/2005, de 13 de julio, tenga la consideración de "expediente en trámite", al amparo de lo ordenado en la disposición transitoria segunda de la citada Ley.

Al mismo tiempo, deberá atenderse a los efectos deducibles derivados de la solicitud de revisión de oficio formulada, en el caso de estimarse la nulidad de las resoluciones afectadas.

2. La omisión de resolución expresa de la revisión de oficio puede considerarse como desestimación presunta por silencio, pero se trata de una mera ficción legal de considerar producido un acto tácito desestimatorio con la única finalidad de impedir que la inactividad de la Administración constituya un obstáculo para acceder a la tutela judicial, sin que ello altere ni incida en el carácter de "expediente en trámite" al que se refiere aquélla.

Segunda.

1. La normativa aplicable es la vigente en el momento de la solicitud inicial de la autorización, atendiendo a las previsiones del Mapa Farmacéutico, aprobado por Orden departamental de fecha 16 de enero de 2007, al tratarse de la apertura de nuevas oficinas de farmacia, siempre que existan vacantes complementarias en el momento de la resolución y que los locales cumplan con las condiciones que contempla la Ley 4/2005.

La última previsión a tener en cuenta en el Mapa Farmacéutico autorizado no debe entenderse con referencia concreta al existente "a la fecha de entrada en vigor de esta Ley", lo que no sería posible ni se ajusta a las previsiones normativas introducidas por la Ley 4/2005. En una interpretación sistemática de la misma Ley (disposición transitoria primera), se da un plazo de seis meses al Gobierno para actualizar el Mapa Farmacéutico, por lo que deberían tener en cuenta, en su caso, las vacantes complementarias existentes en el momento de su resolución, según las previsiones del Mapa Farmacéutico actualizado, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2005.

2. El carácter de disposición especial de la transitoria segunda de la Ley 4/2005 limita el procedimiento a los sujetos a quienes afectan los expedientes en trámite. No obstante, en la tramitación y resolución de la revisión de oficio deberá darse audiencia como interesados a todos los participantes en el procedimiento inicial.

La asignación de las restantes oficinas de farmacia, que se contemplan en el Mapa Farmacéutico, de no existir "expedientes en trámite", debe tramitarse y resolverse por el procedimiento ordinario establecido en la vigente Ley (F. II).

Tercera.

1. Los efectos de un pronunciamiento judicial estimatorio supondrían la anulación del acto negatorio y la condena de la Administración. En el caso de sentencia desestimatoria implicaría el reconocimiento de la legalidad de la actuación administrativa inicial.

2. El objeto de la disposición transitoria segunda es resolver situaciones derivadas de una legislación anterior: el desfase temporal y las necesidades sanitarias actuales (Mapa Farmacéutico).

El procedimiento judicial puede, no obstante, concluir sin pronunciamiento de fondo, en el supuesto de desistimiento del recurrente.

Si existen otros recursos contencioso-administrativos, deberá estarse a lo que se resuelva judicialmente al respecto (F. II).

Cuarta.

La tramitación de ésta o de cualquier otra revisión de oficio, si concurren los presupuestos legales, requiere Dictamen preceptivo que deberá emitirse por el correspondiente órgano consultivo, sin que proceda ahora anticipar juicio alguno sobre el fondo del asunto y quedando por tanto la cuestión sin prejuzgar.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. CONSEJEROS DON ÓSCAR BOSCH BENÍTEZ y DON LUIS FAJARDO SPÍNOLA AL DICTAMEN 175/2007 DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS, ACERCA DE LA CONSULTA FACULTATIVA SOLICITADA POR EL EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL GOBIERNO SOBRE DETERMINADOS EXTREMOS DE ESPECIAL RELEVANCIA EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DE LA LEY 4/2005, DE 13 DE JULIO, DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA DE CANARIAS (LOF) (EXP. 109/2007 CG).

Respetuosamente discrepamos del Dictamen mayoritario, con arreglo a las siguientes razones:

I

La Consejera de Sanidad dirigió, el 5 de marzo de 2007, un escrito al Presidente del Gobierno por el que le insta a que solicite un Dictamen facultativo al Consejo Consultivo “considerando la especial relevancia que dentro de la planificación farmacéutica puede tener la solicitud”. No se argumenta ni explica en qué consiste esa especial relevancia. Una breve ojeada a los repertorios jurisprudenciales confirma que la autorización y apertura de farmacias es una de las cuestiones más litigiosas en Derecho Administrativo. No se atisba por qué esta concreta solicitud de un particular para que le autoricen la apertura de una farmacia reviste especial relevancia pública que justifique una solicitud de Dictamen facultativo. Si no se está ante un asunto de especial relevancia no existe el presupuesto de hecho que legitima al Presidente del Gobierno a solicitar un Dictamen facultativo, por lo que éste debe justificar, siquiera sumariamente, en su solicitud de Dictamen que se trata de un asunto de especial relevancia.

II

Se hace necesario advertir, en otro orden de cosas, que la función consultiva instada ha de adecuarse, en todo caso, a lo previsto en el art. 14 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo (LCC), y en atención a la naturaleza de dicha función, nuestra intervención en ningún caso puede ser asesora o colaboradora de la actuación administrativa en relación con el objeto del Dictamen que deba emitirse (preceptiva o facultativamente). Por lo tanto, no cabe en absoluto señalar a la Administración qué actuación concreta debe llevar a cabo ni mucho menos cómo ha de hacerlo y, en particular, de qué manera ha de resolver el singular requerimiento

de un ciudadano, con interés en la cuestión, que consta en el expediente remitido a este Organismo junto con la mencionada solicitud.

III

1. La disposición transitoria segunda de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias (LOF) alude, respecto de las autorizaciones solicitadas en su momento, a los procedimientos promovidos para la revisión de Resoluciones definitivas en vía administrativa y dictadas antes de la vigencia de la citada Ley. Cabría entender, pues, que es aplicable al procedimiento revisor en trámite y no resuelto, aunque también puede considerarse que se refiere al procedimiento de la tramitación de un recurso extraordinario de revisión, siendo no obstante diferentes los efectos de las respectivas resoluciones.

En todo caso, es preciso aclarar suficientemente que el procedimiento revisor en curso es un procedimiento esencialmente diferente, en naturaleza y finalidad, de aquel cuya Resolución se revisa, lo que comporta que, debiéndose resolver, no puede confundirse la revisión de oficio o el procedimiento revisor con la autorización de apertura [de una nueva oficina de farmacia] y su procedimiento. En consecuencia, la revisión ha de resolverse no sólo con estricto respeto a las normas aplicables sobre la nulidad radical en el momento de dictarse el acto que es su objeto, sino que no puede el procedimiento revisor sustituir al del acto revisado u obviar su tramitación, ni su Resolución decidir la autorización que trae causa, en lugar del Acto revisado. En definitiva, ha de insistirse en que el procedimiento revisor ha de limitarse a resolver sobre la declaración de nulidad y declarar o no nulo tal acto, sin perjuicio de determinar, en su caso, la procedencia de indemnización al afectado (art. 102.4 LRJAP-PAC).

2. En directa relación con lo acabamos de exponer, se conviene con el Dictamen que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1.D.b) LCC, es preceptiva la solicitud de Dictamen de este Consejo en materia de revisión de oficio, sin que tengamos que distinguir el contenido de la Propuesta de Resolución correspondiente, sin perjuicio del sentido del Dictamen que se emita. No obstante, preciso es observar que, aun debiéndose resolver el procedimiento revisor, no siempre procede hacerlo sobre el fondo de la cuestión. En consecuencia, debiéndose recabar el Dictamen en el procedimiento revisor en trámite, ha de evitarse todo pronunciamiento ahora sobre el particular, especialmente sobre la estimación o no de la solicitud del interesado o aun sobre la pertinencia de que deba producirse una decisión sobre la declaración de

nulidad instada, con incidencia o no en este supuesto de la causa de nulidad alegada por el solicitante de entre las contempladas en el art. 62.1 LRJAP-PAC.

3. El procedimiento revisor, reiteramos una vez más, se ha dilucidar según la normativa vigente sobre nulidad al dictarse el acto revisado, y su Resolución solamente puede declarar la nulidad o no de dicho acto, sin poder decidir en su sustitución sobre las solicitudes para autorizar la apertura de que se trate. Y todavía menos, al hacerlo, tener en cuenta vacantes complementarias en esos momentos disponibles, distribuyendo las correspondientes nuevas autorizaciones entre los solicitantes iniciales. No cabe desnaturalizar el carácter, objeto y fin de los recursos, ni tampoco el de la revisión de oficio, que es diferente de aquéllos y tiene su propia regulación.

En efecto, es relevante advertir la diferencia entre recurso extraordinario de revisión y revisión de oficio: el primero puede resolver la cuestión de la adjudicación de autorizaciones, pero sólo entre los intervinientes y respecto de la oficina u oficinas que legalmente procediere adjudicar; el segundo sólo puede declarar o no la nulidad instada, sin más, no pudiendo pronunciarse sobre las autorizaciones o acumular al efecto nuevas oficinas autorizables. En esta línea, el procedimiento inicial de apertura no está en trámite al entrar en vigor la Ley de Ordenación Farmacéutica, sin perjuicio de que, declarada la nulidad de su Resolución, procediere, aun tras producirse la vigencia de dicha Ley, retrotraer las actuaciones correspondientes para producir una nueva Resolución al respecto.

Sin embargo, teniendo en cuenta el interés público primordialmente en juego, y por respeto a los principios que rigen la actuación de la Administración, en general, y de la farmacéutica, en particular (arts. 1, 2, 8 y 17 a 19 LOF), así como la garantía de los derechos de los particulares (aquí farmacéuticos, tanto los intervinientes en el procedimiento original, como lo que pueden aspirar a una oficina de farmacia complementaria en la misma zona y participar en el procedimiento para autorizar su apertura, pese a no hacerlo en el primero), es obligado distinguir entre la autorización de la oficina u oficinas vacantes a autorizar mediante el procedimiento cuya Resolución se anula y las que correspondan a las oficinas eventualmente vacantes luego.

Por eso, aunque el procedimiento de autorización de apertura a tramitar ahora pudiera incluir, en principio, todas las oficinas disponibles, ha de diferenciar entre aquella cuya apertura se autorizó, siendo declarada nula la autorización luego, que debe decidirse sólo *entre los solicitantes* que intervinieron en el procedimiento

original, y las restantes, cuya apertura nunca ha sido autorizada o tramitada siquiera, que lo ha de de ser entre *todos los posibles farmacéuticos* que aspiren a abrir una nueva oficina de farmacia, en régimen abierto y con igualdad de condiciones y requisitos, aunque siendo de aplicación la anterior legislación o la ahora vigente según el momento en que existiera la vacante.

En cualquier caso, las previsiones del Mapa Farmacéutico, a efectos de añadir o acumular otras oficinas, sólo es aplicable hasta 2005 (entrada en vigor de la Ley 4/2005, de 13 de julio, tal y como establece su disposición transitoria segunda), y no luego, en ulteriores reformas del Mapa. En este sentido, la interpretación del Dictamen sobre la aplicabilidad de la referida disposición transitoria en relación con el Mapa Farmacéutico y las oficinas vacantes que tienen que acumularse no se compadece con la dicción literal del precepto y, por supuesto, con la naturaleza transitoria del mismo, que culmina necesariamente con la entrada en vigor de la Ley, de modo que las vacantes han de ser las disponibles, con o sin Mapa, al producirse la vigencia de aquélla. Es más, en la errónea lógica del Dictamen, se incrementarían las vacantes a acumular conforme se vayan produciendo con el transcurso del tiempo hasta que se aprobara, cuando fuere, el Mapa Farmacéutico, adjudicándose todas ellas según la normativa previa a la Ley de Ordenación Farmacéutica y, presuntamente, entre los solicitantes intervinientes en el procedimiento inicial o revisor posterior.

IV

Por último, cabe hacer ciertas observaciones sobre la incidencia del proceso contencioso-administrativo en marcha sobre este asunto. Consideramos que la Administración que tomó la decisión que el afectado impugnó en la jurisdicción ordinaria, y que se opone asimismo al recurso, no puede tramitar, a iniciativa propia, la revisión de tal Resolución, sobre todo con posterioridad. Y tampoco que resuelva una solicitud revisora planteada por el mismo recurrente y tan interesado aquí como en el procedimiento inicial y en el proceso abierto a raíz del recurso interpuesto.

Se argumenta como fundamento para sostener esta conclusión, sobre todo en relación con el ejercicio de la acción de nulidad, la existencia de litispendencia, anterior o sobrevinida. Así, conocido un asunto por un órgano judicial, corresponde a éste la competencia para tramitarlo y resolverlo y no procede que sobre el mismo actúe otro órgano judicial, siendo ello aplicable a la Administración al ejercerse una facultad asimismo revisora por razón de seguridad jurídica y subordinación al Poder

Judicial. Razón por la que, de darse esta situación, debe abstenerse de actuar el órgano administrativo en beneficio del judicial que está actuando sobre el asunto, pudiéndose plantear la cuestión de oficio o por los interesados.

Con todo, a la litispendencia pueden añadirse otros argumentos para considerar inviable la revisión de un acto recurrido. Así, la Administración está sometida al Derecho, de acuerdo con el art. 103.1 de la Constitución (CE) y es incontestable el carácter excepcional y extraordinario de la facultad de revisión de oficio, en sí mismo considerada, al suponer la quiebra de la seguridad jurídica y del principio de los actos propios, pero también en relación con la primacía revisora del Poder Judicial (art. 106 CE), incluyendo las actuaciones, todas, de la Administración y el respeto a los derechos de los afectados, en conexión con la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24 CE.

Por tanto, estimamos que no se ajusta a los principios que dirigen la actuación administrativa (arts. 103.1 CE y 1.1 y 2 LRJAP-PAC) el que, al mismo tiempo, la Administración defienda dos posturas diferentes y, más aún, incompatibles sobre un acto por ella producido, manteniendo que es conforme a Derecho y, por este mismo motivo, válido por una parte (y ante un órgano judicial, dicho sea de paso), y que es nulo por la otra, con la finalidad, encima, de hacerlo valer potencialmente ante ese mismo órgano, pero sin aquietarse, con lo que ello comporta, ante la pretensión del demandante.

Así, instado el funcionamiento del Poder Judicial para que revise la validez de un acto de la Administración, ésta ha de abstenerse de ejercer su facultad revisora con ese mismo objetivo, no pudiendo ya disponer al efecto, con sustracción de la competencia revisora al efecto al órgano judicial. Es más, discutiéndose la nulidad de tal acto, parece claro que, de existir varios interesados con posturas contradictorias, no puede quedar a la voluntad de la Administración cuya actuación se revisa la decisión sobre el asunto, actuando además fuera del proceso y al margen de la decisión judicial, con evidente perjuicio de los interesados y aun de otros ciudadanos que podrían beneficiarse, aunque fuese en otro proceso o instancia, de la resolución judicial que se tome en éste.

Pero es que, además de inseguridad jurídica, otra solución ni siquiera resuelve el litigio, cabiendo recurso, sino el traslado, con demora y perjuicio para los interesados, en especial los legales titulares de derechos, obligados a volver a pleitear en otra instancia, no siendo tampoco definitiva la eventual satisfacción extraprocesal derivada de la decisión administrativa favorable a la nulidad.

En definitiva, la acción de nulidad conferida a los particulares no sólo ha de ajustarse en su ejercicio a las condiciones y límites previstos expresamente en la Ley (art. 102.1 y 3 LRJP-PAC), sino al carácter de la actuación revisora en cuestión.

V

En fin, procede asimismo observar a los efectos oportunos que sería inadecuado, tanto formal como materialmente y desde la perspectiva de la correcta realización de la función consultiva facultativamente instada, que la solicitud del interesado que figura en el expediente disponible, que él mismo vincula a la revisión en trámite y que justifica en la disposición transitoria segunda LOF, pueda considerarse una solicitud ajena a las ya presentadas por dicho interesado, como una supuesta *tercera vía autónoma* de ellas para lograr su reiterada pretensión, pudiendo la Administración tratarla y aun atenderla *per se* para resolver la controversia planteada.

En efecto, tal consideración sería reprochable por voluntarista e inmotivada, sin compadecerse con los datos del expediente y con los términos que ha de tener la función consultiva en este supuesto, limitados por las razones ya expuestas. En este sentido, el Dictamen no debe pronunciarse sobre ninguna solicitud o pretensión concreta presentada a la Administración sin que previamente ésta la tramite, siendo su objeto la Propuesta de Resolución del correspondiente procedimiento. Y tampoco puede hacerlo sobre cualquier cuestión relativa al procedimiento revisor tramitado, como se reconoce en el Dictamen del que se discrepa.

En todo caso, la mencionada solicitud del interesado no es autónoma del procedimiento revisor, haciéndose en ella referencia explícita a éste, que resulta obligada pues se pretende que le sea aplicable la disposición transitoria segunda LOF, ni es ajena al propósito por el que se insta tanto la revisión, como el proceso contencioso-administrativo. Precisamente, *el fondo de la controversia planteada es la procedencia o no de que en la zona quepa otra oficina de farmacia y, además, que la eventualmente existente se adjudique al interesado.*

En esta línea, no se vislumbra la desconocida razón por la que la Administración pueda adjudicar al interesado en estos momentos, con ausencia de procedimiento o fuera del revisor tramitado, una de las vacantes actualmente existentes en la zona, asociadas por la norma aplicable a la existencia de un procedimiento en trámite, que es justamente aquél.

Por todo lo expuesto es por lo que formulamos este Voto Particular, manifestando una vez más nuestro pleno respeto al criterio de la mayoría.