



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 4 4 / 2 0 0 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 22 de abril de 2008.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud, de fecha 20 de junio (antes 12 de junio) de 1997, por la que se resolvía el concurso para la instalación de dos oficinas de farmacia en el municipio de La Oliva (EXP. 118/2008 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias es el borrador -si bien debemos entender *propuesta*, que es sobre lo que ha de emitir Dictamen este Consejo- de Orden departamental, de 29 de febrero de 2008, de la Consejera de Sanidad por la que se desestima la solicitud de revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud de 20 de junio de 1997, que resolvía el concurso para la instalación de dos oficinas de farmacia en el municipio de La Oliva.

2. La legitimación de la Consejera para solicitar el Dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 102.1 y 2, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRAJP-PAC).

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

II¹

III

La Propuesta de Orden de 29 de febrero de 2008, sometida a Dictamen de este Consejo Consultivo el 17 de marzo de 2008, viene a pronunciarse sobre los diferentes apartados en los que funda la solicitud de revisión de oficio E.M.R.A.

Por un lado, y en relación con las observaciones de carácter formal a las que se hace alusión en las alegaciones de aquélla, como adecuadamente señala la Propuesta de Orden por la que se resuelve la revisión de oficio que nos incumbe, ciertamente debe atenderse. Así, la Propuesta de Resolución indica: *“La alegación relativa a los errores advertidos en el acto notificado, es decir, la Propuesta de Resolución, efectivamente, se ha producido el error que señala en el Antecedente de Hecho Primero, párrafo tercero y en la página 5, párrafo segundo, pues donde dice: “(...) Sentencia del TSJC de fecha 15 de febrero de 1992 (...)”, debe decir: “(...) Sentencia del TSJC de fecha 15 de octubre de 1992 (...)”.*

Asimismo, en el Antecedente de Hecho Sexto.- 4), inciso final, donde dice: “(...) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 15 de noviembre de 2005”, debe decir: “(...) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 2 de junio de 2006”.

Respecto de la alegación sobre la improcedencia de que participaran en el procedimiento administrativo otras personas, se indica en la Propuesta de Resolución que *“la recurrente desconoce que en la Sentencia anteriormente citada, de fecha 15 de octubre de 1992, se falla que ha de tramitarse el expediente correspondiente, y no que E.M.R.A. tenga derecho a una autorización de oficina de farmacia en el municipio de La Oliva.*

Así, dice la referida Sentencia que *“en vía jurisdiccional, la actora pretende la anulación de las resoluciones recurridas (...) y que se le conceda autorización para la instalación de farmacia solicitada. Evidentemente, no coincide la petición dirigida inicialmente al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Las Palmas y la segunda de las formuladas tanto en el recurso de alzada como en éste jurisdiccional y que es: que se le reconozca a la recurrente el derecho a que le sea autorizada la apertura de una farmacia en el municipio de La Oliva (...)”.*

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

Más adelante, en su fundamento jurídico tercero, también señala que *“la petición de la recurrente consistió no en que se le otorgara autorización para apertura de una farmacia, sino en que se incoara el expediente previsto en el art. 4 del Real Decreto 909/1978, con la consiguiente posibilidad de formulación de solicitudes de apertura de una farmacia por otros farmacéuticos (...)”*, y en su fundamento cuarto, *“(...) Aparte de que no es competencia de esta Sala conceder autorización para la instalación de farmacias, no fue ésa la petición directa que la recurrente formuló al mencionado Colegio Oficial de Farmacéuticos (...)”*.

Estrictamente, por tanto, fueron los actos de ejecución de esa Sentencia los que entendieron que podrían participar en el procedimiento todos los farmacéuticos que ostentaran tal condición con anterioridad a la fecha de la instancia de E.M.R.A., 14 de junio de 1990, pues su exclusión en el procedimiento que condujo a la Resolución de fecha 20 de junio de 1997 es incompatible con la naturaleza de procedimiento competitivo múltiple previsto en la normativa entonces vigente, el art. 4 y citado y en la Orden de 21 de noviembre de 1979, salvo para el supuesto excepcional previsto en el art. 3.1.b), núcleo aislado, un procedimiento multilateral.

En concreto, así se dispuso en la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo de fecha 20 de abril de 1996, que ordenó la retroacción a la fase de inicio del expediente administrativo correspondiente al otorgamiento de autorización de oficina de farmacia, al resolver recursos ordinarios interpuestos por E.M.R.A. y M.J.G.P. contra Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Las Palmas”.

Pues bien, de todo lo expuesto se deduce que, ciertamente, en el procedimiento de autorización de apertura de dos oficinas de farmacia en el Municipio de La Oliva inicialmente instado por E.M.R.A., aunque se tramitó en ejecución de sentencia tras procedimiento judicial promovido por ella, los farmacéuticos que estaban en condiciones de solicitar tales oficinas sí podían participar en aquel procedimiento. La Sentencia de 15 de octubre de 1992 del TSJC le reconoce a E.M.R.A. el derecho al trámite, no la autorización a su favor de la farmacia en cuestión.

Tampoco resulta aceptable la pretensión de E.M.R.A. de excluir de los efectos de la Sentencia de 1992 a quienes, por no haber recurrido en su momento, no podrían luego considerarse interesados en el procedimiento administrativo que en ejecución de la misma se tramitó. La Sentencia en cuestión no concede derechos ni reconoce situaciones individuales, que pudieran atribuirse sólo quienes la instaron; tal

resolución judicial, por el contrario, se limita a abrir un procedimiento que la resolución impugnada indebidamente había negado, y de su apertura se seguirá la tramitación de un concurso competitivo, que por eso mismo llama a participar en él a cuantos reúnan los requisitos legales en el momento de su iniciación (14 de junio de 1990). Por ello, resulta infundada la pretensión de E.M.R.A. de ser ella la única participante en esta tramitación, sólo por el hecho de haber sido ella la única que con su recurso desbloqueó el procedimiento.

Por lo demás, ha de precisarse que, en cuanto a la revisión de oficio, no tienen la condición de interesados todos los que presentaron su solicitud de farmacia en su momento, sino aquellos a quienes se les adjudicó, según el escrito de solicitud de revisión, "en fraude de ley". Sólo tras resolver el procedimiento de revisión de oficio y en el caso de que diera lugar a la anulación del acto revisado, sería preciso reiniciar el expediente de adjudicación de las oficinas de farmacia y para ello notificar a todos los afectados, esto es, todos los que presentaron su solicitud inicialmente. Sin embargo, en todo caso, a pesar de haberse notificado a todos ellos la Orden de inicio del procedimiento de revisión de oficio (lo que ha dado lugar a la ralentización de este procedimiento dada la cantidad de personas a notificar y notificaciones devueltas), salvo una persona que volvió a aportar documentación a efectos de que se le autorizara una oficina (M.S.J.H., el 31 de enero de 2007), sólo han presentado alegaciones las partes que estrictamente son interesadas en este procedimiento: E.M.R.A., como persona que insta el procedimiento de revisión, así como M.L.M.P., M.B.B. y M.J.G.P., por pretenderse la anulación de un acto administrativo de autorización de dos oficinas de farmacia que les han sido concedidas.

Por otra parte, en relación con la alegación de E.M.R.A. relativa a la posible caducidad del procedimiento, cabe señalar, por cuanto el procedimiento de revisión de oficio fue iniciado a su solicitud, que el apartado 5 del art. 102 LRJAP-PAC, prevé el efecto de la caducidad, exclusivamente, en los procedimientos iniciados de oficio.

Y, por otra parte, sentados todas estos precedentes, en cuanto a los aspectos de fondo que se indican como fundamento de la nulidad instada, la Propuesta de Resolución viene a argumentar, también adecuadamente, que: *"El procedimiento de revisión con arreglo a derecho es necesario señalar que la potestad de revisión de oficio, atribuida a la Administración, es una potestad de corte excepcional, que se da por causas tasadas, constreñidas a la nulidad radical o de pleno derecho, que no permite aplicaciones más allá del procedimiento significado. El Consejo de Estado*

viene declarando reiteradamente que la revisión de oficio, y dentro de ella, la acción de nulidad constituye una vía excepcional para privar de eficacia a los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo, como parece ser el presente supuesto. De lo anterior infiere el Consejo de Estado que ha de ser objeto de una interpretación estricta en cuanto a las causas legales tasadas sobre las que puede fundarse. Asimismo, en particular por lo que se refiere a actos con pluralidad de destinatarios y de doble efecto -como el que se revisa-, razones de seguridad jurídica apoyan la preservación de su firmeza con la máxima severidad salvo que indubitadamente concurra causa de nulidad de pleno derecho.

Ausencia de dudas que no se aprecian en la concurrencia de los supuestos de nulidad que alega la solicitante de revisión, por cuanto no se advierte cuál puede ser el vicio determinante de la nulidad de la Resolución de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud de fecha 20 de junio de 1997”.

Ello es así porque, como se había señalado en la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo de 14 de marzo de 2000, de inadmisión de la solicitud de revisión de oficio de E.M.R.A. -si bien no era aquélla razón de inadmisión sino de desestimación, por lo que se recurrió y se mandó tramitar la revisión por la jurisdicción contencioso administrativa-, la solicitante del procedimiento que nos ocupa basaba sus pretensiones en las causas de nulidad previstas en el art. 62.1.a) y f) LRJAP-PAC, alegando: Que la farmacéutica M.B.B. no solicitó participar en el concurso y que su única relación con el mismo fue el de persona interpuesta o mero testaferro de la farmacéutica M.L.M.P.; que esta última suplantó la personalidad, los méritos y el currículum de M.B.B.; que la adjudicación de la autorización efectuada en virtud del concurso se realizó “*in fraude legis*” a favor de M.L.M.P., quien usurpó la personalidad de M.B.B., mediante maniobras corruptas y torticeras con la intención de ser titular de derechos subjetivos ajenos, afectando todo ello a los derechos fundamentales de las personas.

Mas, comprobado el expediente de solicitud que culminó con la autorización de dos oficinas de farmacia, se puso de manifiesto que los hechos alegados por E.M.R.A. no se corresponden con la realidad, por lo que no hubo suplantación de personalidad, de currículos ni de méritos en los concursantes, ya que consta en aquel expediente que tanto M.L.M.P. como M.B.B. suscribieron solicitud, si bien conjunta, pero acompañada de los currículos de ambas, que cada una aportaba para acreditar las

prioridades valorables y méritos puntuables. No se puede sostener la afirmación de que se haya producido una adjudicación sin la presentación de la previa solicitud de participación de aquéllas en el concurso al constar fehacientemente la existencia de solicitud conjunta de 14 de febrero de 1997 e individual por M.L.M.P. el 5 de diciembre de 1995, que se encontraba acumulada junto con la de otros participantes en el procedimiento. Ambas solicitudes fueron admitidas y valoradas independientemente, alcanzando la solicitud conjunta el primer puesto en la valoración.

Así pues, no procede la revisión de oficio que se pretende, por ser conforme a Derecho la Resolución por la que se autoriza la apertura de dos oficinas de farmacia, en concreto, de aquélla acerca de la que se entiende vicio de nulidad por E.M.R.A., pues no concurre tal vicio en el procedimiento que dio lugar a aquélla, según lo previsto en el art. 62.1.a) y f) LRJAP-PAC, como pretende la parte que insta el procedimiento de revisión de oficio, tal y como se ha estudiado.

Finalmente, sí ha de expresarse la necesidad de delimitar a lo largo de la argumentación de la Propuesta de Resolución la desestimación de la solicitud de revisión de oficio por las razones aquí expuestas, de lo que se da cuenta en el antecedente de hecho segundo de la Propuesta de Resolución, de las otras consideraciones hechas en relación con la tramitación del procedimiento de concurso de autorización de apertura de las oficinas de farmacia y demás cuestiones planteadas a lo largo de los procedimientos previos al que nos ocupa.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, no procediendo la anulación de la Resolución de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud, de 20 de junio de 1997, por la que se resolvía el concurso para la instalación de dos oficinas de farmacia en el Municipio de La Oliva.