



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 6 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de febrero de 2009.

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, declaratoria de su nulidad parcial de la Resolución de la Dirección General de Farmacia, del Servicio Canario de la Salud, de 12 de noviembre de 2007, por la que se aprueba la lista definitiva de concursantes admitidos y excluidos al concurso de traslados para la instalación de oficinas de farmacia convocado por Resolución de 9 de julio de 2007. Carecer de requisitos esenciales (EXP. 71/2009 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Es objeto del presente Dictamen el relacionado en el encabezamiento, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, como se dice.

La legitimación de la Sra. Consejera para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo 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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes:

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

Mediante Resolución de la Dirección General de Farmacia de 9 de julio de 2007, se convocó concurso de traslado para la instalación de oficinas de farmacia. Al citado concurso presentaron su solicitud, entre otros, M.T.C.R. y M.T.P.C., ambas farmacéuticas cotitulares de una oficina de farmacia en virtud de Resolución de la misma Dirección General de 23 de noviembre de 2006, por la que se autorizó el cambio de titularidad de la farmacia que era propiedad de la primera desde 1975, a favor de ambas, una vez producida la transmisión de un 25% de su propiedad.

La lista definitiva de concursantes admitidos y excluidos fue aprobada por Resolución de la Dirección General de Farmacia de 12 de noviembre de 2007 y en la misma figuraban las farmacéuticas citadas como aspirantes admitidas al concurso.

Con fecha 22 de mayo de 2008, se presentó escrito ante esa Dirección General por parte de otras tres farmacéuticas, también admitidas al concurso, en el que se cuestionaba la legalidad de la admisión de las citadas anteriormente por incumplimiento de las condiciones establecidas en el art. 32.2 de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias (LOFC). En este escrito solicitaban información acerca de este extremo, así como del estado de tramitación del expediente relativo al concurso de traslado.

El 9 de octubre de 2008, se propone por la Dirección General de Farmacia, previo informe de la Jefa de Servicio de Régimen Jurídico, que se inicie procedimiento de revisión de oficio de la Resolución del mismo órgano de 12 de noviembre de 2007 en lo referente a la admisión de M.T.C.R. y M.T.P.C. al concurso de traslado.

2. Con estos antecedentes, mediante Orden de la Sra. Consejera de Sanidad de 2 de diciembre de 2008 se inició el presente procedimiento de revisión de oficio fundamentado en la causa de nulidad prevista en art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

3. Por lo que se refiere al procedimiento tramitado, constan en el expediente las siguientes actuaciones:

(...)¹

A la vista de las actuaciones practicadas, puede considerar que el procedimiento ha sido correctamente tramitado, habiéndose observado los trámites que con carácter preceptivo se establecen legalmente.

No obstante y en relación con el trámite de audiencia, se emitió un informe jurídico sobre las alegaciones presentadas, del que las interesadas no tuvieron

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

conocimiento, que constituye la argumentación jurídica de la Propuesta de Resolución, que lo incorpora en su totalidad. Este proceder no parece ajustarse, en principio, a la literalidad de los preceptos recogidos en el art. 84.1 y 4 LRJAP-PAC, como resulta de la propia existencia del informe.

Sin embargo, lo cierto es que el contenido de tal informe no altera para nada el núcleo esencial de la cuestión debatida y, desde luego, no incrementa, en perjuicio de las interesadas, los argumentos o fundamentos esgrimidos para justificar la procedencia de la declaración pretendida. Por consiguiente, no genera esta actuación indefensión a las interesadas, no requiriéndose que conozcan el aludido informe para defender debidamente su interés, por lo que no produce invalidez del procedimiento tramitado.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la nulidad de la admisión al concurso de traslado se fundamenta en la causa prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, al estimar la Administración que se han adquirido por las interesadas facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produzca.

En el presente caso, la nulidad del acto por el que fueron admitidas con carácter definitivo al concurso deriva de la circunstancia de que una de las interesadas no reúne el requisito establecido en el art. 32.2 LOFC, que impone como condición para poder participar en estos concursos que los farmacéuticos titulares de una autorización de oficina de farmacia tengan, al menos, cinco años de ejercicio profesional al frente de la misma en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes.

En el expediente se encuentra acreditado que M.T.C.R. era titular única de la oficina de farmacia desde 1975 hasta el 23 de noviembre de 2006, fecha en que se autorizó, mediante Resolución de la Dirección General Farmacia, el cambio titularidad a favor de la misma y de M.T.P.C., una vez producida la transmisión de un 25% de su propiedad.

La Propuesta de Resolución considera que, en consecuencia, no se reúne el requisito legalmente previsto antes citado, pues si bien M.T.C.R. ostenta la titularidad de una oficina de farmacia durante al menos cinco años, no sucede lo

mismo con M.T.P.C., resultando necesario, en el caso de cotitularidad de una oficina de farmacia, que todos los cotitulares cumplan los requisitos legalmente exigidos.

2. La declaración de nulidad parcial de la Resolución de la Dirección General de Farmacia de 12 de noviembre de 2007 se considera conforme a Derecho.

El art. 10 LOFC establece que la titularidad de la oficina de farmacia podrá corresponder a uno o más farmacéuticos, que serán sus propietarios, y que la titularidad o cotitularidad de la autorización administrativa de la oficina es inescindible de la propiedad o copropiedad de la misma. A su vez, con respecto a los concursos de traslados, el art. 32.1 expresamente señala que sólo podrán participar en los mismos los farmacéuticos titulares de una autorización de oficina de farmacia en la Comunidad Autónoma de Canarias que en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes tengan, al menos, cinco años de ejercicio profesional al frente de la misma, debiendo mantener tal condición durante todo el procedimiento.

El requisito temporal legalmente establecido ha sido reiterado por el art. 6.2 del Decreto 108/2007, de 15 de mayo, por el que se regulan los Procedimientos de Autorización, Instalación y Apertura de las Oficinas de Farmacia, y recogido en la base primera de la Resolución de 9 de julio de 2007, por la que se convocó el concurso de traslado para la instalación de oficinas de farmacia y en el que las interesadas presentaron su solicitud como cotitulares de una farmacia.

De los preceptos legales citados deriva, en primer lugar, que la autorización administrativa de la oficina de farmacia es única, con independencia del número de farmacéuticos que ostenten su titularidad, por lo que cuando esta autorización pertenezca en régimen de cotitularidad a varios farmacéuticos, todos deben reunir los requisitos que resulten legalmente exigidos para participar en un concurso de traslados. De otra forma, en casos como el presente, en que unos sí cumplen las exigencias legales y otros no, se estaría permitiendo el acceso al traslado de oficinas de farmacia a titulares que no reúnen las condiciones establecidas. Ese carácter único de la autorización administrativa impide también alcanzar una interpretación que permitiera la admisión en el concurso únicamente de aquel cotitular en el que concurriera el requisito legal, ya que no resulta posible material y jurídicamente trasladar una parte indivisa de una farmacia.

Por otra parte, la dicción literal del art. 32.2 LOFC permite llegar a la misma conclusión al exigir que los *farmacéuticos titulares de una autorización de oficina de farmacia* cumplan el aludido requisito temporal, pues en el caso de la cotitularidad todos ellos revisten la condición de ser titulares de la autorización, con

independencia de sus cuotas de participación. La Ley no efectúa distinción alguna en el caso de la titularidad compartida, por lo que la exigencia legal resulta aplicable a todos ellos.

No concurre pues en las interesadas el requisito establecido en el art. 32.2 LOFC para poder participar en el concurso de traslado convocado, al no cumplir una de las cotitulares el requisito de ejercicio profesional durante al menos cinco años al frente de la oficina de farmacia.

3. La declaración de nulidad se ampara, como se ha señalado, en la causa prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC. La apreciación de esta causa, como ha sostenido reiteradamente este Consejo, en la línea de lo expresado tanto por el Consejo de Estado como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, requiere no sólo la producción de un acto atributivo de facultades o derechos y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos *esenciales* para la adquisición de tales facultades o derechos. Por lo tanto, y en relación con esta última condición, no bastará con que el acto por el que se adquiere una facultad o derecho incumpla cualquiera de los requisitos previstos al efecto en la normativa de aplicación, aunque sean todos necesarios para la adquisición y, por tanto, para la adecuación del acto correspondiente, sino que resulta preciso distinguir entre "requisitos necesarios" y "requisitos esenciales", sin que todos merezcan el calificativo de "esenciales".

Así, permitiendo distinguir, como procede, entre nulidad radical o mera anulabilidad o, en consecuencia, entre un incumplimiento esencial o cualquier incumplimiento, siendo relevante por demás atender al respecto a cada caso, sólo son esenciales los requisitos que, de no cumplirse, generan el desconocimiento de la norma que los prevé y la imposibilidad de alcanzar su finalidad, o bien, se hace irreconocible o inejercitable el derecho o facultad que se pretende adquirir.

En el presente caso, el requisito del que deriva la nulidad del acto puede ser calificado de esencial, no sólo por ser el único legalmente establecido y con carácter imperativo como condición para poder participar en el concurso, sino porque se inserta en un procedimiento de concurrencia competitiva, lo que exige su estricta observancia a los efectos de no perjudicar los derechos de otros farmacéuticos ya instalados, participantes también en el concurso. A estos efectos, resulta relevante que los concursos de traslados persiguen la finalidad de facilitar el acceso al ejercicio profesional de los farmacéuticos en mejores condiciones y circunstancias

respecto a las que ostentan con anterioridad al concurso, de tal forma que se trata de permitir que aquellos farmacéuticos con más años de ejercicio profesional en peores circunstancias tanto de aislamiento como comerciales tengan opción de trasladarse. Por ello, el requisito temporal establecido en el art. 32.2 LOFC, que habilita el acceso a la participación en los concursos de traslados, reviste carácter esencial.

C O N C L U S I Ó N

Se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución por la que se pretende declarar la nulidad parcial de la Resolución de la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de la Salud de 12 de noviembre de 2007, por la que se aprueba la lista definitiva de concursantes admitidos y excluidos al concurso de traslados para la instalación de oficinas de farmacia convocado por Resolución de 9 de julio de 2007.