



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 8 4 3 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 30 de noviembre de 2010.

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 J.Á.A.D., por daños ocasionados por la anulación judicial de la Disposición Adicional Primera de la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo de 17 de julio de 2001, por la que se regulaba el concurso de méritos para la instalación de nuevas oficinas de farmacia convocado por Resolución de la Dirección General de Salud Pública de fecha 21 de agosto de 2001 (EXP. 827/2010 ID)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de 8 de octubre de 2010, por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, se solicita la emisión de Dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados como consecuencia de la anulación por sentencia judicial de la Disposición Adicional Primera de la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo, de 17 de julio de 2001, por la que se regulaba el concurso de méritos para la instalación de nuevas oficinas de farmacia, convocado por Resolución de la Dirección General de Salud Pública, de 21 de agosto de 2001.

2. 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).

3. El reclamante ostenta legitimación activa al haber sufrido, como participante en el concurso público, cuya Disposición Adicional Primera posteriormente fue anulada, un daño de carácter patrimonial y moral que imputa al funcionamiento de

---

\* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

la Administración autonómica, quien, en consecuencia, se encuentra legitimada pasivamente.

4. Por otra parte, no ha transcurrido el plazo de prescripción, pues la reclamación se presenta por el interesado el 7 de julio de 2009, respecto de un hecho manifestado a partir de la sentencia judicial por la que anula la Disposición Adicional ya mencionada. En este supuesto, el plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.4 LRJAP-PAC, ha de computarse desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia, lo que ocurrió el 18 de julio de 2008, por lo que la reclamación no es extemporánea.

A ello ha de añadirse que el interesado planteó incidente de ejecución de sentencia ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el 10 de septiembre de 2009, que se resolvió mediante auto de 23 de octubre de 2009, en sentido desestimatorio de la pretensión planteada.

5. La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de lo previsto 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

Los antecedentes que han dado origen a la presente reclamación de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

- J.Á.A.D. participó en el concurso de méritos para la instalación de nuevas oficinas de farmacia convocado por Resolución de la Dirección General de Salud Pública de fecha 21 de agosto de 2001, que tuvo como resultado la Resolución del mismo Órgano, de 11 de junio de 2002, por la que se aprobó el orden definitivo de prelación de los participantes, en la que el interesado obtuvo el puesto núm. 158, con 18,07875 puntos, siendo 63 las farmacias adjudicadas. Al citado concurso se le aplicó el baremo contenido en la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo de 17 de julio de 2001, cuya disposición adicional primera establecía lo siguiente:

“Para la aplicación de las puntuaciones establecidas en los puntos 1 a 5 del apartado 1 Experiencia profesional, del baremo anexo, se computarán los méritos obtenidos en los 10 últimos años anteriores a la fecha de publicación del correspondiente concurso”.

- Con fecha 10 de septiembre de 2004 la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó Sentencia núm. 725/2004, estimando el recurso que el ahora reclamante, J.Á.A.D., interpuso frente a la citada disposición adicional, anulándola. La Sentencia en cuestión fue confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de junio de 2008, que declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

- El interesado planteó incidente de ejecución de sentencia ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el 10 de septiembre de 2009, que se resolvió mediante auto de 23 de octubre de 2009, en el que se desestima la pretensión planteada.

### III

En cuanto al objeto de la reclamación, el interesado, expone en su escrito inicial:

*“1) En el año 2001 participé en el concurso de méritos para la instalación de nuevas oficinas de farmacia convocado por Resolución de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud de 21 de agosto de 2001.*

*2) Para el cómputo de la baremación de méritos se tuvo en cuenta la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo de 17 de julio de 2001, que, en su disposición adicional primera, disponía que «para la aplicación de las puntuaciones establecidas en los puntos 1 a 5 del apartado I Experiencia Profesional, del baremo anexo, se computarán los méritos obtenidos en los 10 años anteriores a la fecha de publicación del correspondiente concurso».*

*3) La aplicación de la citada disposición adicional primera supuso cercenar mis méritos y que no contabilizaran en el apartado experiencia profesional 14,1451 puntos (según se detalla en el propio escrito).*

*En consecuencia, por la aplicación de la citada disposición adicional en la baremación de mis méritos no se tuvo en cuenta mi experiencia profesional más allá de los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del concurso y por ello sólo se me asignaron 18,07875 puntos en lugar de los 32,23285 que me correspondían, y me quedé en el lugar 158 de la prelación de los participantes en el concurso, según consta en la Resolución de 11 de julio de 2002.*

*Si se me hubiese computado toda mi experiencia profesional habría ocupado el puesto nº 12 en el orden definitivo de prelación y con opción de elegir entre las 51 oficinas de farmacia restantes de las 63 que ofertaban, resultando incluido entre los adjudicatarios de las autorizaciones de farmacia concedidas por la Resolución de 3 de julio de 2002, sin embargo, quedé fuera del concurso”.*

En vista de lo expuesto, señala el interesado que, al anularse por sentencia firme la referida disposición adicional primera, se le ha ocasionado un perjuicio económico y moral, por habersele privado de la obtención de una oficina de farmacia, al afirmar que la aplicación de la citada disposición, luego anulada, le impidió obtener plaza en el concurso de méritos convocado, tras aseverar que, de no habersele aplicado, sí la hubiera obtenido.

Solicita, por virtud de lo expuesto, una indemnización de 2.112.000€, más los intereses y actualizaciones que procedan.

El interesado aporta, junto a su escrito de reclamación, la siguiente documentación:

- Copia de la solicitud de participación en el concurso de adjudicación de oficinas de farmacia convocado el 21 de agosto de 2001, junto con el listado de méritos y autobaremación de los mismos (Doc. nº 1).

- Copia de la Resolución de 21 de agosto de 2001, por la que se convoca concurso de méritos para la instalación de nuevas oficinas de farmacia (BOC núm. 120, de 12 de septiembre de 2001) (Doc. nº 2).

- Copia de la Orden de 17 de julio de 2001, por la que se establece el baremo que ha de regir el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia (BOC núm. 109, de 20 de agosto de 2001) (Doc. nº 3).

- Copia del Anuncio de 11 de junio de 2002, por el que se pone de manifiesto, a efectos de notificación a los participantes en el concurso de instalación de nuevas oficinas de farmacia convocado por Resolución de 21 de agosto de 2001, que se encuentra expuesta en los lugares previstos en el art. 27.2 del Decreto 258/1997 la Resolución de 11 de junio de 2002, mediante la que se aprueba el orden definitivo de prelación de los participantes en el referido concurso, y se convoca el acto de elección de vacantes y se nombra la Mesa de Orden para dicho acto (BOC núm. 85, de 21 de junio de 2002) (Doc. nº 4).

- Copia de la Resolución de 3 de julio de 2002, por la que se resuelve el concurso de instalación de nuevas oficinas de farmacia convocado por Resolución de 21 de agosto de 2001 (BOC núm. 99, de 22 de julio de 2002) (Doc. n° 5).

- Copia de la Sentencia núm. 725/04 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 10 de septiembre de 2004, que anula la disposición adicional primera de la y de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2008 (Doc. n° 6 y Doc. n° 7 respectivamente).

Asimismo, propuso los siguientes medios probatorios:

1. Documental, consistente en que se tenga por presentada la documentación que se acompaña a este escrito.

2. Más Documental, consistente en que la Consejera de Sanidad requiera al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Canarias y a la Cooperativa Farmacéutica de Canarias (COFARCA para que aporten al procedimiento certificación relativa al:

1) Porcentaje en que se cifra el margen oficial medio de beneficio de Oficinas de Farmacia.

2) Ingresos anuales derivados de las facturaciones efectuadas por la oficina de farmacia desde el día 3 de julio de 2002.

3) Ingresos anuales derivados de la facturación media desde el día 3 de julio de 2002 de las 51 farmacias restantes de las 63 que ofertaron en la convocatoria del año 2001.

3. Pericial, consistente en que se solicite dictamen por perito con la titulación de licenciado en Ciencias Económicas, licenciado en Ciencias Empresariales y/o Auditor de Cuentas, al objeto de que se emita dictamen en el que se cuantifiquen promedios mensual y/o diariamente los daños y perjuicios irrogados por lucro cesante, daño emergente y pérdida de clientes por la privación de la autorización de Oficina de Farmacia y que habrán de computarse desde el día 3 de julio de 2002.

## IV

En cuanto al procedimiento, se han realizado los trámites legalmente establecidos, sin perjuicio de haberse superado el plazo de seis meses legalmente establecido para la resolución del procedimiento (arts. 42.2 LRJAP-PAC y 13.3 Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD

429/1993), lo no obsta al cumplimiento de la obligación de resolver expresamente el procedimiento (arts. 41, 42.1, 2 y 3 y 43.1 y 4 LRJAP-PAC).

Constan, en efecto, practicados los siguientes trámites:

- Mediante Resolución de 31 de julio de 2009, se admitió a trámite la reclamación formulada por J.Á.A.D.

- Consta en el expediente el informe preceptivo del Servicio de Ordenación Farmacéutica, responsable de la tramitación de los expedientes de concurso de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia, de fecha 15 de septiembre de 2009.

- Con fecha de 21 de octubre de 2009, se confirió trámite de audiencia al interesado, que formuló alegaciones mediante escrito de 2 de noviembre de 2009.

- Con fecha 5 de noviembre de 2009, se emitió una primera propuesta de resolución en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, si bien, a la vista del informe de la Asesoría Jurídica Departamental del Servicio Canario de la Salud, de 24 de noviembre de 2009, se ordenó la retroacción del expediente a efectos de resolver, previamente, sobre la admisión o no de los medios de pruebas solicitados de contrario (Resolución de esta Dirección General de fecha 28 de diciembre de 2009).

- Mediante Resolución de 9 de marzo de 2010, notificada al interesado el 16 de marzo de 2010, se abrió el periodo probatorio, acordándose, además, incorporar al expediente, de oficio, copia del Auto judicial de fecha 23 de octubre de 2009, recaído en el recurso contencioso administrativo núm. 1283/2001, que resuelve desestimar el incidente de ejecución planteado por el propio reclamante con relación a la Sentencia de esta Sala y sección, de 10 de septiembre de 2004, así como copia del informe del Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de Farmacia, de 1 de octubre de 2009, presentado al Juzgado para su consideración en el citado incidente judicial; y admitir la documental aportada por el reclamante junto con su escrito de fecha 7 de julio de 2009 de registro de entrada en esta Dirección General, para su valoración y consideración en la resolución que resuelva la mencionada reclamación; y la documental consistente en la copia del Auto judicial de fecha 23 de octubre de 2009 recaído en el recurso contencioso administrativo núm. 1283/2001 que resuelve desestimar el incidente de ejecución planteado por el propio reclamante con relación a la Sentencia de esta Sala y sección de 10 de septiembre de 2004, y que se incluye en el expediente porque así lo acuerda de oficio este órgano instructor. Asimismo se acuerda comunicar al reclamante su derecho a aportar al expediente administrativo,

en el plazo probatorio establecido (30 días), las certificaciones pedidas como prueba documental por el interesado, así como la pericial solicitada.

- El día 8 de abril de 2010 J.Á.A.D. solicitó copia del expediente, que se le entregó el 13 de abril de 2010.

- Con fecha 21 de abril de 2010, el reclamante solicitó una prórroga de quince días del periodo probatorio, accediéndose a dicha solicitud mediante Resolución de fecha 30 de abril de 2010, por el que se prorroga el periodo probatorio por dicho plazo adicional de quince días, "venciéndose dicho plazo el día 11 de mayo de 2010". Dicha Resolución fue notificada al interesado con fecha de 30 de abril de 2010.

- El 11 de mayo de 2010, J.Á.A.D. presentó escrito poniendo de manifiesto: *"que con fecha 8 y 9 de abril de 2010 había solicitado del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Las Palmas los datos relativos a «1) Porcentaje en que se cifra el margen oficial medio de beneficio de Oficinas de Farmacia, 2) ingresos anuales derivados de las facturaciones efectuadas por la oficina de farmacia desde el día 3 de julio de 2002, y 3) ingresos anuales derivados de la facturación media desde el día 3 de julio de 2002 de las 51 farmacias restantes de las 63 que ofertaron en la convocatoria del año 2001»; que del citado Colegio Oficial recibió como respuesta «la imposibilidad de certificación de documentos relativos a ficheros de titularidad privada»; que tampoco ha obtenido hasta la fecha respuesta de la Cooperativa Farmacéutica de Canarias; y, «que por lo expuesto, no ha sido posible encargar el dictamen pericial a que se refiere el apartado cuarto 2) de la Resolución de 9 de marzo de 2010, de apertura del procedimiento a prueba»".*

Como consecuencia de ello, instó a la Administración a que consiguiera por sus medios la documentación probatoria, *"si mostrara su desacuerdo con las cantidades alzadas fijadas en nuestro escrito inicial" y "de acuerdo con los principios de disponibilidad y facilidad probatoria".*

- Conferido nuevo trámite de audiencia el 30 de junio de 2010, el interesado presentó nuevo escrito de alegaciones con fecha 12 de julio de 2010 en el que, además de insistir en los términos de su escrito inicial, señala, en primer lugar, la inviabilidad de equiparar las cuestiones planteadas en el incidente de ejecución de la Sentencia de 10 de septiembre de 2004 con los daños y perjuicios derivados de la aplicación de la disposición adicional anulada por la misma; y, en segundo lugar, la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, manifestando que: *"Es evidente que de no haberse aplicado la*

*disposición adicional primera de la Orden del Consejero de Sanidad y Consumo, de 17 de julio de 2001, en estos momentos sería titular y estaría explotando una de las oficinas de farmacia convocadas. (...) La privación injustificada de mi derecho a obtener la titularidad de una oficina de farmacia me ha causado un daño real y efectivo que viene determinado por la imposibilidad de explotar la oficina de farmacia a cuya titularidad tenía derecho en el momento de resolverse el concurso y que guarda una relación directa con la irregular actuación administrativa”.*

La Propuesta de Resolución responde adecuadamente a estas cuestiones, como se verá después, al entrar en el fondo del asunto; no obstante, desde el punto de vista de la alusión al proceso de ejecución de sentencia, se adelanta que es correcta su afectación en la Propuesta de Resolución al afirmar: *“Si bien es cierto que el proceso de ejecución de sentencia es distinto a la acción de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, lo relevante, en lo que toca al asunto que nos ocupa, es que la Sentencia de 10 de septiembre de 2004 es el argumento que invoca el reclamante en apoyo de su pretensión, y que el Auto de 23 de octubre de 2009 establece con meridiana claridad la inexistencia -al menos por efectos de la propia Sentencia- del derecho que el interesado entiende conculcado a la adjudicación de una de las oficinas de farmacia ofertadas en el concurso. Por lo tanto, no se pretende con el Auto en cuestión vincular el resultado del proceso de ejecución de sentencia al del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, pero sí desvirtuar la afirmación del interesado respecto de la existencia del derecho sobre cuya lesión se levanta su reclamación de responsabilidad patrimonial”.*

- El 27 de julio de 2010 emite Propuesta de Resolución desestimatoria, respecto de la que el informe del Servicio Jurídico, de 16 de septiembre de 2010, en la que se considera adecuada a Derecho aquélla respecto al fondo del asunto, si bien se realizan objeciones en relación con la prueba pericial solicitada por el interesada, al entender que la Administración puede recabarla, si bien a costa del interesado. Asimismo se indica en este informe la necesidad de que la Propuesta de Resolución se pronuncie acerca de la viabilidad de la acción en cuanto a la no prescripción de la misma.

- No se emite con posterioridad nueva Propuesta de Resolución, a pesar de que se corrigen las objeciones señaladas por el informe del Servicio Jurídico, ya que se acoge aquélla en sus términos por la Propuesta de la Dirección General de Farmacia,

de 6 de octubre de 2010 a efectos de su sometimiento a Dictamen de este Consejo Consultivo.

Dado que la prueba solicitada versaba sobre la cuantía indemnizatoria establecida en la reclamación por el interesado, y que, como se verá en el fundamento siguiente, no procede atender la indemnización reclamada al no haber responsabilidad de la Administración, no se precisa la retroacción del procedimiento.

Respecto de la aclaración a la ausencia de extemporaneidad de la acción, la propia tramitación del procedimiento conlleva implícitamente su consideración positiva, pero sería adecuado que se consignara expresamente en la Propuesta de Resolución.

## V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión del interesado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

*“1. El análisis de la cuestión controvertida exige partir del contenido de la Sentencia de 10 de septiembre de 2004, que anula la disposición adicional primera de la Orden de 17 de julio de 2001, considerando su naturaleza normativa.*

*Siendo una disposición de carácter general lo anulado por la Sentencia, es de aplicación lo dispuesto en el art. 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a cuyo tenor «Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán, por sí mismas, a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente». La doctrina jurisprudencial a este respecto, resumida en la STS de 20 de febrero de 1992, manifiesta que «la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general determina la expulsión de nuestro Ordenamiento jurídico de los preceptos anulados, pero sin privarlos de eficacia en cuanto a la aplicación anterior que de ellos se hubiera hecho en actos no impugnados por el recurrente».*

*Conviene recordar, por otra parte, que J.Á.A.D. no impugnó el acto de convocatoria, llevada a cabo por Resolución de la Dirección General de Salud Pública de 21 de agosto de 2001; ni tampoco la Resolución del mismo órgano, de 11 de junio de 2002, por la que se aprobaba el orden definitivo de prelación de los participantes*

en el referido concurso; y que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 10 de septiembre de 2004, por la que se estimó el recurso interpuesto por J.Á.A.D., se limitó a declarar la nulidad de la disposición adicional primera de la Orden de 17 de julio de 2001 como norma de carácter general, pero en ningún momento reconoce una situación jurídica individualizada a favor del recurrente, y mucho menos, el derecho a la adjudicación de una de las oficinas de farmacia ofertadas en el concurso.

En este sentido se pronunció la Sala en el incidente de ejecución de la sentencia de 10 de septiembre de 2004 promovido por el propio interesado, mediante el que solicitaba del órgano judicial un reconocimiento de su derecho a la obtención de una oficina de farmacia, en los términos siguientes:

(...) la obtención de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) exige que, en ejecución de la Sentencia de 10 de septiembre de 2004, se me convoque para elección de vacante de acuerdo con el orden de prelación que me correspondería si no se hubiera aplicado la disposición declarada nula y se me conceda la autorización de oficina de farmacia correspondiente, con todos los efectos desde la fecha inicial de 3 de julio de 2002, de concesión de autorización al resto de participantes. En su virtud, SUPLICO A LA SALA que por presentado este escrito con sus copias y documentación que se acompaña tenga por interesada la ejecución de la sentencia de 10 de septiembre de 2004 dictada en los autos del procedimiento núm. 1283/2001 y, previa su tramitación legal, se requiera a la Administración para que en el plazo máximo de tres meses:

- Deje sin efecto el orden definitivo de prelación obtenido por mi representado en la Resolución de la Dirección General de Salud Pública del Servicio Canario de la Salud de 11 de junio de 2002.

- Proceda a baremar de nuevo el mérito experiencia profesional de mi representado computando sin tope temporal la experiencia profesional.

- Declare el derecho de mi representado a ocupar el puesto que tras la nueva baremación le correspondía ocupar en el orden definitivo de prelación aprobado por Resolución de la Dirección General de Salud Pública de 11 de junio de 2002.

- Convoque a mi representado para elección de vacante de acuerdo con el orden de prelación que le correspondía y se le conceda la autorización de oficina de farmacia que le correspondía con los efectos de concesión desde la fecha inicial de autorización al resto de los participantes.

*A este respecto, el Auto de fecha 23 de octubre de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, resolvió «Desestimar el incidente de ejecución planteado por J.A.A.D. con relación a la Sentencia de esta Sala y sección, de 10 de septiembre de 2004», por considerar que «tal pretensión choca con lo dispuesto en el art. 73 de la Ley de esta Jurisdicción, según el cual las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de los actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales», señalando además que «no es ocioso subrayar que ni el actor ejercitó en su demanda pretensión de plena jurisdicción alguna, ni, obviamente, el fallo de la sentencia de cuya ejecución se trata reconoció una situación jurídica individualizada a favor de J.A.A.D.», concluyendo el citado Auto que «su derecho a la ejecución de la sentencia ha de entenderse satisfecho y la ejecución en sí misma agotada».*

*De lo anterior cabe concluir que J.Á.A.D. no ostenta un derecho a la titularidad de una oficina de farmacia que haya podido verse conculcado, porque tal derecho no lo reconoce la Sentencia que él mismo invoca en apoyo de su pretensión.*

*2. Por lo demás, es absolutamente gratuita la afirmación del interesado referente al lugar que ocuparía en el orden de prelación de los participantes, de no haber resultado de aplicación al concurso de 2001 la disposición adicional después anulada. En efecto, el reclamante fundamenta su pretensión en que, de haberse computado toda su experiencia profesional, «habría ocupado el puesto número 12 en el orden definitivo de prelación aprobado por Resolución de 11 de junio de 2002 (...) y con opción de elegir entre las 51 oficinas de farmacia restantes de las 63 que se ofertaban, habría resultado incluido entre los adjudicatarios de las autorizaciones de farmacia concedidas por la Resolución de 3 de julio de 2002 (...)».*

*Tal conclusión, sin embargo, es absolutamente infundada, meramente hipotética, y completamente arbitraria.*

*En realidad, si el concurso convocado en 2001 no hubiera adquirido firmeza en el momento en el que la Sentencia de la Sala anuló la disposición adicional primera de la Orden de 17 de julio de 2001, su ejecución no pasaría -como pretende J.Á.A.D.-, por sumarle a él de forma individualizada los puntos derivados de suprimir el límite de los diez últimos años en la valoración de su experiencia, otorgándole sin más una oficina de farmacia, dado que él no impugna su puntuación, sino el propio baremo, que se configura como una disposición de carácter general, con efectos erga omnes.*

*Lo cierto es que, de haber sido éste el caso, la Administración se hubiera visto obligada a abrir un nuevo plazo de presentación de méritos, y a efectuar una nueva valoración de la experiencia de los 647 participantes en el concurso, publicando después una nueva lista con la puntuación obtenida por todos ellos, y el nuevo orden de prelación; de suerte tal que ninguna certeza existe de que el interesado hubiera obtenido uno de los 63 primeros puestos.*

*3. La cuestión así planteada invalida el único argumento que sustenta la pretensión del interesado. En efecto, J.Á.A.D. considera que el daño causado es la conculcación de su derecho a la adjudicación de una oficina de farmacia. Así se deduce de su escrito de reclamación, registrado en la Dirección General de Farmacia el 7 de julio de 2009, por el que solicita la cantidad de 2.100.00€ de indemnización en concepto de lucro cesante y daño emergente y pérdida de clientela desde el 3 de julio de 2002, «fecha de concesión de autorización de farmacia al resto de los participantes en el concurso (...), hasta la fecha que se me autorice la oficina de farmacia que me correspondía».*

*Pero es que, como ha quedado acreditado, tal derecho no existe: primero, porque la Sentencia no lo reconoce; segundo, porque la supresión del límite de los diez años en la valoración de la experiencia no implica en modo alguno que él hubiera obtenido oficina de farmacia, ya que dicho límite se aplicó por igual a todos los participantes, de forma que todos -los 647- vieron restringida la valoración de sus méritos profesionales en la misma medida, de lo que cabe concluir que, de no haber existido el límite posteriormente anulado, cualquiera de ellos podría haber obtenido más puntuación en el concurso y haber sido beneficiario de una de las 63 autorizaciones de oficina de farmacia ofertadas. Y no existiendo el derecho, mal puede sostenerse su lesión, que resulta ser el primer y elemental requisito para activar la responsabilidad patrimonial de la Administración. El interesado invoca, por tanto, la lesión de un derecho meramente hipotético, incumpliendo así el requisito establecido por la Jurisprudencia que exige que la lesión sea «real y efectiva, nunca potencial o futura» (STS de 28 de enero de 1999); concluyendo que «no existe lesión efectiva cuando se perjudican meras expectativas que no son derechos adquiridos» (STS de 12 de mayo de 1997).*

*(...) El interesado no prueba el derecho que entiende lesionado, esto es, el derecho que invoca a la obtención de una oficina de farmacia en el concurso convocado en el año 2001. Lo único que hace es sumarse a sí mismo y de manera individualizada los puntos derivados de eliminar el límite de diez años en la*

*experiencia profesional que contenía la disposición anulada judicialmente, pero eso no prueba su derecho a la obtención de una farmacia. Olvida el reclamante que dicha valoración se hizo en el seno de un procedimiento de concurrencia competitiva, en el que otros muchos participantes contaban con más de diez años de experiencia profesional; que la disposición anulada tenía carácter normativo; y que las sentencias tienen efectos erga omnes”.*

2. El interesado alega, en efecto, como daño causado el de la conculcación de su supuesto derecho a la adjudicación de una oficina de farmacia, con los consiguientes perjuicios económicos y morales que reclama.

En este sentido, se recuerda que, de conformidad con lo previsto en el art. 142.4 de la Ley 30/1992, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización. Con ello, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, el derecho a la indemnización no se da por supuesto por el solo hecho de que el acto administrativo o la norma jurídica hayan sido anulados, no es una secuela necesaria derivada de dicha anulación, sino que requiere la concurrencia de los requisitos generales establecidos en el art. 139.1 de la Ley 30/1992, es decir, la producción de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, y la existencia de un nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica, en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo (SSTS de 31 de mayo de 1997, 28 de junio de 1999, 15 de abril de 2000, 12 de julio y 26 de septiembre de 2001, entre otras muchas). El citado art. 142.4 establece, pues, como señala la STS de 31 de mayo de 1997 -referida al entonces vigente art. 40 LRJ-, la posibilidad de que la anulación del acto o norma, de acuerdo con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea presupuesto inicial u originario para que tal responsabilidad pueda nacer siempre que concurren los requisitos para ello.

En el presente caso, tal y como se ha expuesto en la Propuesta de Resolución, el derecho a la obtención de una oficina de farmacia no existe *per se* por la anulación de la disposición adicional tantas veces aludida. Ello, por un lado, porque no lo establece así la propia sentencia anulatoria de aquella disposición; pero, además, porque la supresión del límite de los diez años en la valoración de la experiencia derivado de la sentencia que anuló la disposición adicional que lo establecía, no implica que el reclamante hubiera obtenido una oficina de farmacia, pues el anulado

límite se aplicó por igual a todos los participantes, viendo todos ellos (647) restringida la valoración de sus méritos profesionales en la misma medida; de lo que cabe concluir que, de no haber existido el límite posteriormente anulado, cualquiera de ellos podría haber obtenido más puntuación en el concurso y haber sido beneficiario de una de las 63 autorizaciones de oficina de farmacia ofertadas.

Así pues, para poder aseverar la pérdida de una oficina de farmacia imputable a la Administración, ante todo, el reclamante debió haber impugnado el concurso mismo y el baremo. Así convocado nuevo concurso con todos los participantes (647), con la eliminación del límite de los 10 años, podría o no haberse determinado su derecho a obtener una oficina de farmacia. Mas nada de esto hizo el reclamante.

Por todo ello, el derecho cuya conculcación alega el interesado no existe ni ha llegado a consolidarse, y su reclamación se funda en meras expectativas e hipótesis, por lo que, no habiendo un perjuicio real y efectivo, no hay daño indemnizable. Del mismo modo, al no haber daño indemnizable, tampoco concurren los demás requisitos de la responsabilidad: falta la antijuridicidad del daño, así como la requerida relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño ocasionado.

De lo expuesto, se concluye la ausencia de responsabilidad de la Administración en el presente caso.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho. Procede desestimar la pretensión del interesado.