



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 4 de mayo de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación **con la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) por el perjuicio económico padecido a causa de la declaración de nulidad de la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, de fecha 15 de junio de 2016, aprobando la lista definitiva de puntuaciones obtenidas por los participantes admitidos en el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia y se convocó el acto de elección de vacantes (B.O.C. n.º 119, de 22/06/2016), en virtud de Sentencia judicial (EXP. 130/2022 ID)*.**

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, tras la presentación de una reclamación de indemnización por daños que se alegan causados por la anulación, de la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, de fecha 15 de junio de 2016, aprobando la lista definitiva de puntuaciones obtenidas por los participantes admitidos en el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia y se convocó el acto de elección de vacantes (B.O.C. n.º 119, de 22/06/2016), en virtud de Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Las Palmas de Gran Canaria, el día 4 de junio de 2018 (Procedimiento Ordinario n.º 402/2016), que fue confirmada por Sentencia de fecha 16 de diciembre de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, con Sede en Las Palmas de Gran Canaria (recurso de apelación n.º 315/2018).

2. La cuantía reclamada, 305.500 euros, determina la preceptividad de la solicitud de dictamen, según lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) habiendo sido remitida por el Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP); así como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

4. En el procedimiento incoado, la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP], puesto que se reclama por los daños sufridos como consecuencia, presuntamente, del actuar administrativo. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración sanitaria por ostentar la competencia sobre el servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño [arts. 25.2.d) y 26.1.a) LRBRL].

5. Además, el citado daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, de acuerdo con lo prescrito en el art. 32.2 LRJSP.

6. El procedimiento se inició dentro del plazo de un año desde la producción del daño, tal y como exige el art. 67.1 LPACAP, pues la reclamación se presentó el 15 de febrero de 2021 respecto de unos daños que resultaron perfectamente determinados con la Sentencia firme dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias el día 16 de diciembre de 2019, habiéndose dictado por dicho órgano judicial del Decreto que declara la firmeza de la misma el día 17 de febrero de 2020 (página 61 del expediente).

II

En relación con los antecedentes de hecho, en el escrito de reclamación de la interesada se afirma lo siguiente:

«Primero.- Con fecha 23 de julio de 2014 se dictó Resolución del Servicio Canario de la Salud por la que se convocó concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia (B.O.C. n.º 149, de 04/08/2014). Se acompaña como documento n.º 1 copia de la Resolución.

Segundo.- En fecha de 26 de enero de 2015 recayó Anuncio de la directora del Servicio Canario de Salud, por el que se hizo pública la lista provisional de admitidos e inadmitidos al concurso citado en el hecho anterior, constando mi representada como perteneciente al primero de estos grupos (B.O.C. n.º 21, de 02/02/2015). Se acompaña como documento n.º 2 copia de la Resolución.

Tercero.- El 10 de marzo de 2015 se dictó Resolución de la Directora del Servicio Público de Salud, en la que se aprueban las listas de solicitantes admitidos, excluidos y desistidos al concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia convocado por Resolución de 23 de julio de 2014, requiriéndose, a su vez, a los concursantes admitidos para la presentación de la documentación acreditativa de los méritos alegados en la solicitud y se designaron los miembros de la Comisión de baremación (B.O.C. n.º 55 de 20/03/2015). En esta lista figuraba la que suscribe con el puesto n.º 347. Se acompaña como documento n.º 3 copia de la Resolución.

Cuarto.- En fecha de 10 de julio de 2015, se dictó Resolución por la Directora del Servicio Canario de Salud, por la que se modifica la Resolución de 10 de marzo de 2015, referida en el hecho anterior, y se requiere nuevamente a los concursantes admitidos para la presentación de la documentación acreditativa de los méritos alegados en la solicitud y designa a los miembros de la Comisión de baremación (B.O.C. n.º 140, de 21/07/2015). En esta lista vuelve a aparecer esta parte con el n.º 347. Se acompaña como documento n.º 4 copia de la Resolución.

Quinto.- El día 21 de enero de 2016, la Comisión de baremación elevó a la Dirección del Servicio Canario de Salud la lista provisional de puntuaciones obtenida por los solicitantes admitidos al concurso.

Asimismo, en esa misma fecha se dictó Resolución de la Dirección del Servicio Canario de Salud por la que se aprueba la lista provisional de puntuaciones obtenidas por los solicitantes admitidos al citado concurso, concediendo a los interesados un plazo de diez días hábiles para formular las reclamaciones pertinentes (B.O.C. n.º 20, de 01/02/2016). Se adjunta como documento n.º 5 copia de la Resolución.

En esta lista esta parte obtuvo el puesto n.º 44, con un total de 82,119 (...).

Sexto.- En fecha 8 de febrero de 2016, presenté escrito de reclamación contra la puntuación otorgada en la referida lista provisional, por errores en la baremación de algunos méritos que, en opinión de esta parte, fueron indebidamente valorados.

Séptimo.- En fecha de 15 de junio de 2016, se dictó Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud aprobando la lista definitiva de puntuaciones obtenidas por los participantes admitidos en el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia y se convocó el acto de elección de vacantes (B.O.C. n.º 119, de 22/06/2016). Se adjunta copia de la Resolución como documento n.º 6. En esa misma fecha se puso de manifiesto, a efectos de notificación, que se encontraba expuesta en los lugares previstos legalmente, la resolución mediante la que se aprobaba la lista definitiva de puntuaciones obtenidas por los participantes admitidos en el concurso citado. Se adjunta copia de la Resolución como documento n.º 7.

En la referida lista esta parte figuraba con el puesto n.º 63 frente al puesto n.º 44 de la lista provisional (...).

Octavo.- Contra el acto referido en el apartado anterior se interpuso recurso de alzada (días antes al acto público de elección de vacantes: el 7 de julio de 2016 al que asistí en previsión de posibles renunciaciones, hubo 2 entre las 60 plazas; la siguiente era yo en el puesto 63).

Noveno.- El 6 de octubre de 2016 se dictó Anuncio del Director del ses (sic), por el que se pone de manifiesto a los posibles interesados la interposición de los recursos de alzada interpuestos frente a la Resolución impugnada en este acto, sin que se efectuaran alegaciones al recurso de referencia.

Décimo.- Ante la pasividad de la Administración demandada, por no contestar al referido recurso en el plazo legal, se entendió desestimado por silencio administrativo, por lo que se presentó el correspondiente escrito de interposición de recurso contencioso administrativo contra la Resolución administrativa presunta. No obstante lo anterior, con posterioridad a la presentación del escrito de interposición referido, se dictó Resolución expresa por la demandada referida en el encabezamiento del presente escrito, desestimando el referido recurso de alzada en todos sus términos, mediante Orden de la Consejería de Sanidad n.º 922/2016, de 16 de diciembre, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el art. 36.4 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, esta parte amplió el referido recurso a dicho acto administrativo. Se acompaña copia de la referida Resolución como documento n.º 8.

Decimoprimer.- El citado recurso contencioso administrativo se ventiló ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos de Procedimiento Ordinario n.º 402/2016, que finalizó por sentencia de fecha 4 de junio de 2018, en la que se dispone lo siguiente:

“Que ESTIMANDO el recurso presentado por la Procuradora (...), en nombre y representación de (...), se declara la nulidad de los actos administrativos identificados en los Antecedentes de Hecho de esta resolución y se reconoce el derecho de la recurrente a la retroacción del expediente administrativo, partiendo de una puntuación de 82,119 puntos, debiendo resolverse sobre lo alegado respecto del apartado II.3, condenando a la Administración al pago de las costas procesales”

Se acompaña como documento n.º 9 copia de la sentencia.

Decimosegundo.- Por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias y la demanda (...) se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, que fue desestimado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, recurso n.º 315/2018, confirmando la resolución judicial impugnada. Se acompaña como documento n.º 10 copia de la sentencia.

Decimotercero.- En fecha de 17 de enero de 2020, se dicta por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Secc. 1ª), del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en autos de Recurso de Apelación n.º 315/2018, declarando la firmeza de la sentencia, de fecha 16/12/2019. Se acompaña como documento n.º 11 copia de la referida Resolución judicial.

Decimocuarto.- Por Resolución de la Directora del Servicio Canario de Salud n.º 659/2020, de fecha 12 de marzo de 2020, se resuelve ejecutar la referida sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 3 de Las Palmas de Gran Canaria, de 4 de junio de 2018, en autos de procedimiento ordinario n.º 402/2016, otorgando a esta parte una puntuación de partida para el procedimiento de adjudicación de oficinas de farmacia al que se refiere el presente, de una puntuación de 82,119 puntos, y resolver sobre las alegaciones realizadas por la misma respecto del apartado II.3 del baremo correspondiente; todo ello, a los efectos de aprobar una lista definitiva de prelación de los concursantes. Se acompaña como documento n.º 12 copia de la referida Resolución.

Decimoquinto.- Por Resolución n.º 2804, de 17 de diciembre de 2020, se aprueba, finalmente, la lista definitiva de puntuaciones obtenidas por la que suscribe y otro concursante, en ejecución, entre otras, de la referida sentencia del antecedente anterior, por la cual se resuelve dar una puntuación a esta parte de 82,119 puntos, y asignarle el puesto n.º 44 del total de concursantes.

Decimosexto.- Por tanto, el procedimiento de adjudicación de oficinas de farmacia se ha retrasado CUATRO AÑOS Y MEDIO (del 15/06/2016 a 17/12/2020) por causa no imputable a esta parte, y durante ese período la oficina podría haber estado abierta al público, lo cual ha causado un perjuicio económico a esta parte, derivado del mal funcionamiento de la Administración, al haber practicado una valoración de los méritos aportados por esta parte de forma errónea, que no tiene la obligación de soportar, y se ha ocasionado al que suscribe un daño evidente existiendo una innegable y directa relación de causalidad entre dicha actuación de la Administración y el retraso en el proceso de adjudicación de la oficina de farmacia que le hubiera correspondido de acuerdo con el puesto n.º 44 otorgado en el mismo, por lo que procede reclamar la indemnización correspondiente a los efectos de compensación económica por este motivo.

Decimoséptimo.- En concepto de responsabilidad patrimonial se reclama, por un lado, la cantidad de DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS EUROS (283.500.-€) por lucro cesante sufrido por el quebranto económico sufrido en el tiempo que no pudo ser titular de la oficina de farmacia solicitada y, por otro, la cantidad de VEINTE MIL EUROS (20.000€) por los daños morales, por todo el tiempo en que se vio esta parte privada de la explotación del negocio y sometida a la incertidumbre y sinsabores propios de todo pleito judicial, que se ha valorado prudencialmente en función de lo actuado y circunstancias concurrentes. Todo ello, da un total de TRESCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS EUROS {303.500.-€}.

A dicha cantidad se incrementará en los intereses legales aplicables desde la presentación de la presente reclamación hasta su completo pago.

Se ha de resaltar que la cantidad de indemnización por el lucro cesante se ha calculado en base al informe de (...), como firma de asesoramiento especializado a oficinas de farmacia, con la participación de (...), con el apoyo de Elsevier y de la Fundación Farmacéutica FARMAS, del año 2017, sobre los datos económicos de la oficina de farmacia tipo española, cuyos resultados derivan del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas IRPF 2016, que fue el año de adjudicación definitiva de las oficinas de farmacias objeto de concurso, presentado por los farmacéuticos en 2017 (documento n.º 13) Ver completo en la web:

https://www.aspime.es/2017_Informe_Anual_Oficinas_Farmacia.pdf

<https://www.micof.es/bd/archivos/archivo13267.pdf> año 2018.

En este sentido, en el referido informe el perjuicio económico se obtiene del resultado de la situación y evolución de la farmacia española tipo o promedio, que sería la resultante de hallar la media de todas las farmacias españolas en los distintos parámetros estudiados. Este estudio se aproxima a la realidad de una farmacia virtual, pero, en el fondo, es a la que más se acercan la mayoría de las farmacias españolas.

(...) e (...) elaboran un informe anual sobre la evolución económica de las farmacias por tanto desde 2017 hasta este 2021 se constata un aumento de la facturación que se mantiene incluso en la situación de pandemia.

Así, se destaca que en ese ejercicio de 2016, al que se refiere el informe y que coincide con el año de adjudicación de las oficinas de farmacia del concurso objeto del presente procedimiento, se ha situado la media de facturación en 850.000€. Este valor se ha obtenido de la media de facturación de las farmacias españolas por su volumen y, además, es de las más frecuentes en España.

Pues bien, en la tabla 5.2 del citado informe, se detallan los resultados del beneficio neto medio de las farmacias dependiendo de la zona geográfica en las que se encuentran. Como se puede apreciar, el margen neto medio después de impuestos es de 63.000 euros aproximadamente.

Por tanto, como el retraso producido en el procedimiento de concurso para la oferta de oficinas de farmacia se ha retrasado en el presente caso en cuatro años y medio, ello da un perjuicio total de 283.500 euros»

III

1. El presente procedimiento comenzó a través de la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 15 de febrero de 2021.

2. El día 12 de abril de 2021, se dictó la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud n.º 1.240/2021, por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

3. El procedimiento cuenta con el informe preceptivo del Servicio, emitido por el Jefe de Sección de Ordenación Farmacéutica y, además, se acordó la apertura del periodo probatorio, no solicitándose la práctica de prueba alguna.

Así mismo, se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la interesada, que presentó escrito de alegaciones, tras el mismo se emitió un informe complementario

por parte del Jefe de Sección de Ordenación Farmacéutica, otorgándose nuevamente el trámite de audiencia a la interesada, que no formuló nuevas alegaciones.

4. El día 28 de marzo de 2022, se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, habiendo vencido el plazo resolutorio, lo que no obsta para resolver expresamente al existir deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los económicos que pudiera comportar (art. 21 LPACAP).

5. Por último, el presente procedimiento carece del informe de la Asesoría Jurídica Departamental, tal omisión constituye un defecto formal, que no impide a este Consejo Consultivo entrar en el fondo del asunto, pues se ha cumplido correctamente con todos los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial exigidos por su normativa reguladora, y porque con tal omisión no se le ha causado indefensión alguna a la interesada.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada, puesto que por parte del órgano instructor se considera que no concurren los requisitos necesarios para declarar responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud.

En la Propuesta de Resolución se considera que el daño no es antijurídico y se afirma sobre ello que *«Se indica que estamos ante un procedimiento de convocatoria pública de concurrencia competitiva, para la valoración de los méritos de los participantes farmacéuticos, para la adjudicación de vacantes de 60 oficinas de farmacia en la Comunidad Autónoma de Canarias. Pues bien, se supone por elemental lógica, que los que se presentaron a esa convocatoria debían saber que acuden a un procedimiento que genera competencia, así como recursos administrativos y judiciales que los propios participantes presentarían, más fácilmente cuando al final los admitidos fueron en total 594 farmacéuticos; y también debían saber, porque así está expuesto en las bases de la convocatoria, que iba a haber una comisión de baremación dedicada a valorar los méritos presentados en miles de páginas de documentación. Y también debían conocer que la comisión de baremación, en su mayoría compuesta por farmacéuticos, van a actuar nunca de forma infalible; pues con tantos documentos de méritos presentados, es indudable que cometerán errores, que habrá discrepancias entre los miembros de la comisión, que proceden tanto de la propia administración, como fuera de ella, para asegurar la pluralidad de contrastes, independencia, imparcialidad y objetividad; y es indudable que tendrán distintos puntos de vista o conclusiones dispares en la valoración de los méritos y su encaje en los distintos apartados con su respectiva puntuación a otorgar por cada mérito aportado por los 594 farmacéuticos. Y la primera cuestión que se plantea es si debían soportar los 594 farmacéuticos admitidos los errores que naturalmente cometería la comisión de baremación;*

no debería acaso estar dentro del deber jurídico de soportar y, por tanto, debería ya no prosperar la reclamación patrimonial.

Se recuerda que hay tantas sentencias en materia de responsabilidad que llegan a decir: que hay que atender “al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, (pues) puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo.” O esta otra conclusión jurisprudencial que dice así: que cuando “se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes.” Acaso no estamos ante el tipo de procedimiento que por sus características, no deben soportar los participantes admitidos jurídicamente el daño o perjuicio derivado de alguna actuación errónea de la comisión de valoración de los méritos de 594 participantes admitidos. Con esta tesis jurisprudencial, es razonable que no debería prosperar la reclamación patrimonial planteada, pues si llegara a prosperar tal reclamación, es indudable que la Administración pública, que nunca es una organización perfecta, a la vista de alguna decisión judicial en sentido contrario a la tesis jurisprudencial anteriormente expuesta, actuaría en las siguientes convocatorias con las mismas características que las del procedimiento en cuestión con el temor de la existencia de la espada de Damocles. Por tanto, en la medida en que se reconozca un cierto margen de apreciación a la Administración, tendría que desaparecer el carácter antijurídico de la lesión o daño. Se insiste en que lo contrario podría incluso genera perjuicios al interés general o al erario público, al tener que demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus decisiones, como las que adopta la comisión de baremación. En estos supuestos los participantes en el concurso de referencia deben quedar compelidos a soportar las consecuencias perjudiciales que para sus patrimonios jurídicos derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuricidad de la lesión o daño.

Pero en referencia a la naturaleza del perjuicio en cada uno de los patrimonios de los participantes, hay que indicar que no estamos refiriendo a las compras de oficinas de farmacia que es uno de los otros modos de adquisición de la mismas, debiendo pagar incluso cantidades astronómicas; mientras que en este procedimiento de adjudicación de vacantes de oficinas de farmacia, no ocurre como en las puras compras de oficinas de farmacia; el participante finalmente adjudicatario de una oficina de farmacia no ha tenido que desembolsar esas grandes sumas de dinero con los riesgos empresariales que eso conlleva. Por tanto, la naturaleza y cuantía del perjuicio o daño en el patrimonio del participante ha de ser inexistente o ínfima, no se puede catalogar que sean de tal naturaleza y en cantidades que ni siquiera, una vez que sea adjudicatario, todavía no ha visto merma alguna en su patrimonio preexistente, ni va a desembolsar esas grandes sumas de dinero, como cuando se

trate de otra forma de adquisición como es en la compra de un derecho de propiedad de una oficina de farmacia. Luego este argumento sirve como uno más para apoyar que, en definitiva, en esos procedimientos de concurrencia competitiva, como la propia convocatoria para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia, mediante un concurso de méritos, los daños derivados de erróneas valoraciones de los méritos sean de los considerados como soportables jurídicamente.

Curiosamente en la propia reclamación patrimonial que plantea la interesada (...), se recogen las mismas cuestiones como las expuestas anteriormente en las páginas 8, 9, y 10, para al final cambiar el sentido y desmontar esas mismas cuestiones con un solo apartado prácticamente al final de la página 10. Y aquí se plantea esas mismas cuestiones pero para llegar al resultado lógico que se supone que debe ser la desestimación de la reclamación patrimonial así planteada.

(...) alega como fundamento la sentencia del TS de fecha 3 de noviembre de 2009, en el recurso 734/2008, en un supuesto que entiende que es asimilable, cuando realmente no es así; porque refiriéndose a una convocatoria para la adjudicación de puestos de lotería, aquí la conducta de la Administración ha sido ilegal y antijurídica, tardó 17 años en ver reparado el daño que no debía ser soportado y lo que se valora para la adjudicación de puestos de lotería son de tal naturaleza, que directamente son valorados por los jueces y tribunales, pues no se necesita de especial cualificación, pues se trata de valorar la idoneidad del local para instalar el puesto de lotería; al contrario de lo que ocurre cuando se valora los méritos de los farmacéuticos como tesis doctorales, estudios, cursos, etc., para los cuales se requiere la condición de farmacéuticos en los miembros de la comisión de baremación y se habló no de ilegalidad, sino de errónea valoración de un determinado mérito, que aun así a fecha de hoy sigue siendo objeto de controversia o discusión, aunque se acata como no puede ser de otra forma la sentencia que anula la resolución administrativa.

En definitiva, no hay lesión antijurídica, como dice en una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, del TSJ de Navarra, que “En los supuestos en que el acto de la Administración se mantiene en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debe entenderse que no puede hablarse de existencia de lesión antijurídica puesto que el particular viene obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio, siempre claro está que este se lleve a cabo en los términos antedichos, que no exista arbitrariedad o manifiesto error de la administración (...) En el presente caso no ocurre esto, por lo tanto no dándose los presupuestos necesarios para estimar la acción de la responsabilidad patrimonial procede estimar el recurso interpuesto por la Administración foral”».

2. También se considera por parte de la Administración que no se han acreditado debidamente los daños reclamados, señalando en la Propuesta de Resolución que «Por tanto, no está acreditada la realidad del daño en el apartado de su valoración por error de la

reclamante. Olvida la reclamante que las aperturas de oficinas de farmacias no siempre pueden ser simultáneas, sino muchas veces se instalan de forma sucesiva, pues hay que buscar local donde ubicar la oficina de farmacia, hay que medir las distancias del local con respecto a otras oficinas, no sólo con las que existan, sino también con respecto a las que nuevas que se vayan instalando, de ahí que sean sucesivas y no simultáneas. Y recuerda que en su momento estaría en el puesto 44.

Lo mismo sucede con la forma de calcular el lucro cesante en función de unos parámetros obtenidos de la media de todas las oficinas de farmacia y eso es cuando menos discutible, porque farmacias hay de todo tipo, las urbanas, las rústicas, las que están ciudades muy pobladas, las que están en pueblos con escasa población. Se produce otro enriquecimiento injusto adjudicándose una oficina de farmacia estando en el puesto 44, cuando después quedarían otras 16, y valorando como si estuviera por encima de la media; y hay que tener en cuenta que está pendiente todavía la adjudicación de la oficina de farmacia correspondiente en el momento en que formula la reclamación de responsabilidad y aun así da a entender que le corresponde estar en la media de todas las oficinas de farmacia de España. Y todo ello, sin que la reclamante haya tenido que desembolsar restando de su patrimonio, cuando en estos procedimientos el participante no realiza la compra de la propiedad de una oficina de farmacia.

También hay que tener en cuenta que se abren las nuevas oficinas de farmacia en vacantes que están en peores localizaciones, pues se tratan sin duda alguna de zonas menos rentables frente a las oficinas de farmacias existentes y consolidadas. No olvidemos que cuando se celebre un concurso de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia, siempre se celebra otro concurso previo: el de traslado de las oficinas de farmacias existentes, teniendo sus titulares la oportunidad de trasladarse a una zona o localidad más rentable, por el derecho preferente que tienen los titulares sobre de los que no son, como los participantes del concurso de adjudicación de nuevas farmacias. Y no puede imputarse que su hipotética oficina de farmacia estuviera en la media de todas las oficinas de farmacia de España.

Ni tampoco está debidamente acreditado los daños morales y más si cabe su forma de calcular, cuando ha habido oficinas de farmacias que empezaron a funcionar a partir del año 2018 o incluso en el año 2020, sin que tuvieran sus titulares que litigar contra la Administración Pública por un retraso que no puede ser imputable a la misma. Por tanto, induce a pensar que estimar los daños morales por importe de 20.000 euros que es lo que solicita la reclamante, resulta que puede ser más bien otro caso de enriquecimiento injusto, pues va más allá del propósito de una reparación justa de los mismos».

3. En los supuestos de responsabilidad patrimonial por anulación en virtud de sentencia firme de actos y disposiciones administrativas generales, este Consejo Consultivo ha venido señalando (por todos, DCCC 169/2018) que:

«4. Dispone el art. 142.4 LRJAP-PAC que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos administrativos 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 haya sido anulado, no es una secuela necesaria derivada de dicha anulación, sino que requiere la concurrencia de los requisitos generales establecidos en el art. 139.1 LRJAP-PAC, esto es, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, 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, 26 de septiembre de 2001, 16 de febrero de 2009, 20 de enero de 2013, 25 de abril y 7 de noviembre de 2017 y 22 de enero de 2018, entre otras muchas). El citado art. 142.4 establece pues la posibilidad de que la anulación del acto administrativo, 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.

La abundante jurisprudencia en la materia se condensa del siguiente modo en la reciente STS de 21 de marzo de 2018:

«En relación con estas cuestiones, recientemente, en la STS 65/2018, de 22 de enero, hemos examinado, una vez más, la exigencia del artículo 142.4 de la LRJPA en relación con la de la antijuridicidad derivada del daño, como determinante para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, a cuyo efecto, decíamos que "conviene tener en cuenta el fundamento y finalidad de esta institución, que se dirige a garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de la Administración, que, en el ejercicio de sus competencias y dirigida a la consecución de los objetivos que en cada caso le son propios, afecta además de manera concurrente, específica y negativa a los derechos e intereses del administrado, causándole una lesión que no tiene el deber de soportar. La finalidad de la institución se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. De tal manera que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla. Como dice el art. 141 de la Ley 30/92, aplicable al caso, solo serán indemnizables las lesiones producidas

al particular por daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

De esta manera, el examen de la antijuridicidad del daño, como elemento determinante de la resarcibilidad de la lesión, permite a la jurisprudencia modular la responsabilidad en cada caso, atendiendo a la naturaleza y alcance de la actividad administrativa causante, que en el caso de las reclamaciones derivadas de la anulación de actos o disposiciones ha dado lugar a una doctrina, que se refleja ya en las sentencias de 5 de febrero de 1996, 4 de noviembre de 1997, 10 de marzo de 1998, 29 de octubre de 1998, 16 de septiembre de 1999 y 13 de enero de 2000, y que se recoge en la sentencia de 20 de noviembre de 2013 .

En estos casos, la responsabilidad patrimonial no se anuda con carácter necesario a la anulación del acto o resolución administrativa sino que es preciso valorar si tal actividad administrativa se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso, valoración que compete realizar el Tribunal y que no puede sustituirse por las apreciaciones subjetivas de las partes, salvo que se ponga de manifiesto una relevante falta de correspondencia con la realidad fáctica enjuiciada o una interpretación jurídica carente de fundamento”.

En consecuencia, que en el caso específico de esta responsabilidad fundada en el artículo 142.4 de la LRJPA, su apreciación y procedencia no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala (STS de 16 de febrero de 2010) ha puesto de manifiesto que no caben ni resultan procedentes interpretaciones maximalistas del citado precepto de uno u otro sentido; esto es, que no procede afirmar que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad.

Igualmente, la jurisprudencia de esta Sala ha perfilado la exigencia de responsabilidad basada en dicho artículo 142.4 en función del tipo de potestades articuladas por la Administración, en cuyo ejercicio se produjo la nulidad en la que se fundamenta la exigencia de responsabilidad, debiendo, pues, atenderse a las peculiaridades del caso. Así en la STS de 9 de diciembre de 2015 se expuso que “ (...) no procede esa exigencia de responsabilidad o, lo que es lo mismo, existe el deber jurídico de soportar el ciudadano afectado el daño ocasionado, cuando la norma que habilita la actuación de la Administración la somete a la consideración de potestades discrecionales, conforme a las cuales puede optar por varias soluciones, porque todas ellas son admisibles en Derecho, al ser jurídicamente indiferentes, supuestos en los cuales cuando, por circunstancias diversas, pueda verse anulada la decisión

adoptada al amparo de dichas potestades, se considera que los ciudadanos afectados están obligados a soportar el daño ocasionado.

Panorama bien diferente es el que se genera en los supuestos en que la norma habilitante de la actuación administrativa establezca criterios reglados para su aplicación, rechazando cualquier margen de apreciación para la Administración, en el que el criterio de imposición de soportar el riesgo es más débil, precisamente porque ese carácter reglado de la norma comporta un mayor grado de incorrección en la decisión adoptada. No obstante, también cuando actúa la Administración sometida a esas normas que confieren potestades regladas, se han discriminado aquellos supuestos en que ese rigor de la norma se impone acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados, es decir, cuando la norma no agota todos los elementos de la potestad conferida, sino que requiere una valoración de las circunstancias concurrentes para determinar la abstracción que la descripción de la norma impone con tales indeterminaciones a concretar en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Por último, aun en los supuestos en los que se aplican normas de carácter absolutamente regladas, es admisible supuestos --y se deja constancia ejemplificativa de ello en la sentencia antes mencionada-- en la que la posterior anulación de la actividad administrativa excluye la responsabilidad patrimonial porque la decisión adoptada aparezca como fundada. Porque lo relevante para la valoración de la tipología a que se ha hecho referencia han de ser examinados conforme a las características de razonabilidad de la decisión y a la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisible en derecho, sin perjuicio de que por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido”.

En tal sentido se ha puesto de manifiesto por esta Sala (STS de 8 de abril de 2014) que “la apreciación de que la resolución anulada a que se imputa el daño por responsabilidad patrimonial es razonable y razonada, excluye la obligación de resarcimiento y genera la obligación del perjudicado de soportarlo, conclusión que se funda en que siendo razonada la decisión, aun cuando fuese posteriormente anulada, no puede concluirse la irrazonabilidad de la mera anulación cuando, como concluye la Sala de instancia en el presente caso, la decisión administrativa comporta una interpretación de los preceptos normativos que no pueden generar la responsabilidad reclamada”. Y en la STS de 30 de junio de 2014 añadimos que “tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5 de febrero de 1996, de 4 de noviembre de 1997, de 10 de marzo de 1998, de 29 de octubre de 1998, de 16 de septiembre de 1999 y de 13 de enero de 2000, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados, habiendo descartado esta Sala en sentencias de 16 de febrero

y 8 de mayo de 2007 (recursos de casación nº 346/2003 y 5866/2003) que la actuación de una Administración sea razonable cuando se ha faltado el presupuesto básico para su actuación como es la competencia”.

(...)

En consecuencia, que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativos no presupone el derecho a indemnización (ex artículo 142.4 de la LRJPA , hoy artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LSP), de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión.

Partiendo, pues de que la anulación administrativa o jurisdiccional no presupone, por sí misma, el derecho a indemnización, ha de estarse al principio de que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículo 139.1 de la LRJPA, 32.1 de la LSP). En consecuencia, solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 de la LRJPA; hoy artículo 32.1 de la LSP)».

Esta doctrina resulta plenamente aplicable al presente asunto.

4. Así las cosas, lo primero que se ha de valorar es si la lesión que ha sufrido la interesada como consecuencia de la declaración de nulidad de la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, de fecha 15 de junio de 2016, aprobando la lista definitiva de puntuaciones obtenidas por los participantes admitidos en el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia, por sentencia firme, es antijurídica, cuestión que, como se ha visto, se trata de forma específica en la Propuesta de Resolución.

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina anteriormente expuesta se ha de valorar si tal Resolución era razonada y razonable, es decir si la decisión contenida en la misma se ajustaba al criterio de razonabilidad; pero para realizar tal valoración

de forma adecuada es preciso hacer referencia expresa a lo manifestado en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en la Palmas de Gran Canaria ya mencionada, acerca de la concreción de la actuación de la Administración contraria a Derecho que implica la nulidad radical de tal Resolución, señalándose en la misma que:

«(...) alegando la administración apelante que la Juez a quo valora erróneamente la prueba obrante en el expediente, interpretando de forma incorrecta el art. 105.2 de la ley de procedimiento administrativo aplicable al caso, hoy art. 109.2 de la ley 39/015, ya que la reducción de la puntuación provisional otorgada a la recurrente en primera instancia en el apartado de formación universitaria y profesional en que se computó el título de farmacéutico especialista en análisis clínicos en el apartado referido a título oficial de máster universitario tuvo lugar por la simple corrección de un mero error material en la valoración efectuada, no siendo aplicable la sentencia del Tribunal Supremo citada por la Juez a quo (...).

Así, las apelantes consideran que existe error en la apreciación de la prueba en relación con una errónea interpretación de la normativa en la materia, en concreto el art. 105.2 de la ley de procedimiento administrativo aplicable al caso por razones temporales, pero la sentencia apelada se pronuncia adecuadamente, con argumentos que la Sala comparte plenamente, en el sentido de que no es posible apreciar que estamos ante un supuesto de subsanación de errores materiales, de hecho o aritméticos, existentes -en una actuación administrativa, ya que la actuación llevada a cabo por el órgano encargado de valorar los méritos de los concursantes afecta directamente al contenido de una decisión sobre la posibilidad de admitir o no un mérito como valorable, siendo claro que dicha tarea conlleva una valoración jurídica que en sí misma es incompatible con la mera existencia de tales errores, por lo que resulta estimable la alegación de la actora en primera instancia sobre vulneración del procedimiento al no haber reducción de puntuación correspondiente al apartado de formación universitaria y profesional. Y es que, efectivamente, el argumento de ambas partes apelantes en orden a que la actuación del Tribunal calificador se limitó a corregir un mero error material no puede ser compartido por la Sala ya que, por una parte, como puso de relieve la apelada en su escrito de oposición, se trata de la consideración de un mérito a la luz de una base u otra, lo que es un acto de interpretación de la normativa de aplicación, que modifica sustancialmente el sentido del acto al afectar el orden de clasificación de los concursantes, lo que resulta trascendente no sólo para obtener una oficina de farmacia, sino también elegir la más interesante, mientras que, por otro lado, la administración había admitido inicialmente la autobaremación efectuada por la Sra. (...) en relación con la valoración del título de farmacéutico especialista en análisis clínicos como equivalente a un máster del RD 1393/07 de 29 de octubre, a los efectos de puntuación, no presentando alegaciones al respecto ningún otro concursantes siendo el órgano baremador, de oficio el que procedió a la rectificación, siendo de tener en cuenta, por otra parte, que,

como indicó la representación de la apelada en su oposición, el repetido título de farmacéutico especialista en análisis clínicos no viene contemplado entre los que son objeto de baremación en la convocatoria para el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia de que se trata, pero sí es valorado en otras convocatorias en el apartado de méritos académicas, con valoración incluso superior a la del máster oficial, por lo que la señalada autobaremación podrá ser compartida o no, la administración apelante obviamente no la comparte, pero no puede afirmarse que se trate de un error material en el sentido de la ley de procedimiento administrativo».

Por tanto, la actuación inadecuada de la Administración, que le genera una clara lesión a la interesada al dar lugar al retraso indebido en el otorgamiento efectivo de una oficina de farmacia, radica no en un mero error aritmético o de hecho que tuviera lugar en una fase del correspondiente procedimiento administrativo dirigida a efectuar la baremación de los méritos de los interesados partícipes en el mismo, sino que la Administración vulneró el procedimiento administrativo al efectuar por su propia iniciativa (*«no presentando alegaciones al respecto ningún otro concursantes»*) una reducción de méritos, de la puntuación correspondiente al apartado de formación universitaria y profesional, de la interesada.

Tal es, en efecto, la expresa calificación que el vicio cometido recibe, de acuerdo con el texto de la sentencia que acaba de transcribirse: *« (...) resulta estimable la alegación de la actora en primera instancia sobre vulneración del procedimiento al no haber reducción de puntuación correspondiente al apartado de formación universitaria y profesional (...) »*, en relación con un título, como el de farmacéutico especialista en análisis clínicos que en cambio de forma diferente y sin explicar suficientemente su causa *« (...) sí es valorado en otras convocatorias en el apartado de méritos académicas, con valoración incluso superior a la del máster oficial (...) »*.

Dicha actuación, cuya realidad no se puede cuestionar de forma alguna, pues así se infiere de las dos Sentencias dictadas en relación con este asunto, implica que la Administración no vulneró la normativa aplicable en el ejercicio de una potestad discrecional, ello hubiera sido así si su actuación inadecuada hubiera consistido en la comisión de un mero error durante la correspondiente fase de baremación, sino que su actuación incorrecta se produjo con ocasión de una actuación reglada, pues no otra es la caracterización que procede al tratarse de un vicio en el procedimiento el que se reprocha haber cometido a la actuación administración controvertida en sede judicial, conforme a lo ya expuesto.

En conclusión, concurre el requisito de la antijuricidad del daño, por no haberse causado en el ejercicio de una potestad discrecional y porque, en modo alguno, cabe tildar de razonada y razonable la referida Resolución administrativa, pues no hay justificación jurídica alguna para realizar una actuación contraria a una exigencia de carácter procedimental y con efecto directo en los resultados del mencionado procedimiento administrativo.

Además, cabe afirmar que concurren el resto de requisitos exigidos legalmente, para poder imputar la Administración la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo, es decir, existe la requerida relación de causalidad entre la actuación deficiente de la Administración y el daño sufrido por la interesada, el cual es un daño real, cierto, individualizado evaluable económicamente y, por supuesto, antijurídico, cuestión distinta es la relativa a la valoración económica concreta del daño y su acreditación efectiva, cuestión a tratar a continuación.

5. En relación con ello, el retraso en el otorgamiento efectivo de una oficina de farmacia a la interesada, producido por una actuación de la Administración contraria a Derecho, le ha causado un perjuicio económico a la interesada privándole de unos ingresos derivados del ejercicio profesional en la correspondiente oficina de farmacia.

Sin embargo, el cálculo de la indemnización solicitada por la interesada no es correcto, pues para ello se debe tener en cuenta no la fecha en la que la resolución anulada se dictó, sino que para dicho cálculo se ha de partir del día en el que la interesada, que ocupaba el puesto 44 de los interesados partícipes en el procedimiento, hubiera iniciado de forma efectiva su actividad en la correspondiente oficina de farmacia (sin perjuicio de la minoración que de dicha cantidad proceda efectuar a partir de los eventuales rendimientos que desde la fecha antes indicada la interesada hubiera podido obtener a resultas de la resolución del procedimiento selectivo en el que ha participado; extremo que, en su caso, habría de tomarse en consideración de ser efectivamente así).

Además, la cuantía de los ingresos dejados de percibir debe ser la de la media de los ingresos correspondientes a la oficina concreta y determinada que le corresponda a la interesada. Aplicando estos dos criterios no solo se logrará una reparación integral del daño, sino que se evitará un enriquecimiento injusto.

Así mismo, los daños morales reclamados por la interesada no se han demostrado de forma alguna, al no haber aportado elemento probatorio que determine su realidad.

Por último, la cuantía de la indemnización resultante de la aplicación de tales criterios deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (art. 34.3 LRJSP).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación formulada, no es conforme a Derecho, debiendo estimarse parcialmente la reclamación presentada en los términos expuestos en el Fundamento IV.