

En Logroño, a 28 de mayo de 2007, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D. José M^a Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

42/07

Correspondiente a la consulta trasladada por la Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, en relación con el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por D^a T. P. de L. contra la Administración riojana en relación a la apertura de una oficina de farmacia en el barrio de C. de Logroño.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D^a T. P. de L., mediante escrito datado el 12 de abril de 2006, con entrada en la Oficina General de Registro el 2 de mayo de 2006, y en el Auxiliar de la Consejería de Salud el 3 de mayo, presenta solicitud de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la anulación judicial de la Resolución autonómica por la que se le reconocía el derecho/deber de apertura de la Oficina de Farmacia en la zona de C. de Logroño.

Tras el relato fáctico de los hechos, entiende que el daño producido por la clausura de una Oficina de Farmacia en ejecución de sentencia judicial que anula la autorización previamente otorgada, es imputable de forma objetiva a la actuación administrativa y solicita como *quantum* indemnizatorio mínimo, valorado en su conjunto y sin perjuicio de su ampliación en el periodo probatorio, en 1.328.347 €, de acuerdo con informe pericial que acompaña a su escrito.

Al no constar domicilio de la reclamante en el escrito de iniciación, se solicita de la Subdirección General de Farmacia este extremo a los efectos de notificaciones, que se cumplimenta el 15 de mayo de 2006.

Segundo

El Secretario General Técnico, por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud, mediante Resolución de 19 de mayo de 2006, tiene por iniciado el procedimiento y nombra Instructor del mismo, lo que se comunica a la reclamante el 24 de mayo, a los efectos de lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo común.

Tercero

El Instructor del procedimiento, mediante escrito de 22 de mayo de 2006, requiere al Subdirector General de Farmacia y Uso Racional del Medicamento el preceptivo informe en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial. Asimismo le requiere el informe sobre empresas de valoración de oficinas de farmacia a efectos de traspaso.

El informe es cumplimentado con fecha 15 de junio de 2006. En él se da cuenta pormenorizada de las actuaciones administrativas relacionadas con el procedimiento de autorización de apertura de Oficina de Farmacia y posterior clausura, en ejecución de una Sentencia anulatoria dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, confirmada en casación por el Tribunal Supremo, así como la documentación que formalizó las actuaciones referidas (folios 27 a 32, para el informe y folios 33 a 158, para las distintas actuaciones que comprenden, desde el Acuerdo de iniciación del procedimiento de apertura de Oficina de Farmacia, de 25 de septiembre de 1997, hasta la Resolución de clausura de la misma, de 30 de enero de 2006).

El informe de la citada Subdirección General de Farmacia y Uso Racional del Medicamento resulta relevante para la comprensión de la compleja y enmarañada situación fáctica del supuesto de hecho, así como para la adecuada valoración jurídica del mismo. A los efectos de la mejor comprensión de los antecedentes extraemos del relato fáctico los siguientes datos:

- Acuerdo de la Dirección General de Salud y Consumo, de 25 de septiembre de 1997, de iniciación del procedimiento de apertura de una Oficina de Farmacia en el término de C., en Logroño. La apertura se inicia ante la existencia de varias peticiones de interesados, en la modalidad de "núcleo de población", al amparo del art. 2.2 del Decreto 14/1997, de 7 de marzo.

- El 30 de septiembre, se produjo la visita de inspección por la que se valida el traslado de una Oficina de Farmacia al término de C., traslado que había adquirido firmeza el 4 de julio de 1997, tal

como comunica el Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja, órgano entonces competente en la materia. A tal efecto, D^a R. P. A. trasladó su Oficina de Farmacia, sita en la calle S., núm. X. a la calle E., núm. Y. Esta farmacia será transmitida con posterioridad a D. J. N. G. de S.

- La Oficina de Farmacia objeto de concurso fue adjudicada inicialmente a D^a T. P. de L., mediante Resolución de 27 de marzo de 1998. Parte de los puntos otorgados los obtiene la interesada gracias a la cesión de su Oficina de Farmacia, sita en H., clausurada el 31 de diciembre de 1998. La nueva farmacia fue autorizada mediante Resolución de 13 de noviembre y ubicada en la calle B. núm. X de Logroño y abierta al público el 7 de enero 1999. La autorización fue recurrida en vía administrativa por D. J. N. G. de S. y desestimado por Resolución de 18 de enero de 1999.

-La autorización de apertura fue objeto de un doble recurso:

A) La valoración asignada a los interesados por la Comisión de valoración del concurso.

-Fue impugnada por D^a M. P. E. N. Desestimada en vía administrativa, fue estimada, sin embargo, por la STSJ de La Rioja 451/2000, de 20 de julio, declarando no ajustada a Derecho la interpretación del art. 30.1 del Decreto 14/1997 realizada por la Comisión, obligando a que se tuvieran en cuenta determinados méritos. Tras nueva baremación de los méritos, mediante Resolución de 30 de noviembre de 2001, se deja sin efecto la anterior de 27 de marzo de 1998, se adjudica la nueva Farmacia a D^a M. P. E. N. y se determina que el cierre de la Farmacia de la Sra. P. de L. coincidiese con la apertura de la de la nueva adjudicataria.

-La Sra. P. de L. recurre en vía administrativa y pide la suspensión de la Resolución de 30 de noviembre de 2001, que es desestimada por otra de 5 de febrero de 2002. No obstante, mediante nuevo escrito de 7 de marzo de 2002, vuelve a solicitar la suspensión, pues con ello se evitaría un doble daño al interés público y al interés privado, dado que resultaría menos costoso afrontar un único proceso indemnizatorio que dos (los cierres de la Farmacia de la Sra. P. y la de la Sra. E.). Sin embargo, la nueva petición es desestimada el 11 de abril de 2002. Advierte el informe que la Sra. P. *"ya consideraba el 7 de marzo de 2002...que la Administración le tendría que indemnizar por el cierre de la Oficina de Farmacia de C. Esto es, presumía que su Oficina de Farmacia tendría que ser cerrada. Pese a todo, el cierre no tuvo lugar hasta casi cuatro años después, el 30 de enero de 2006"*.

-La Sra. E. designó local en la calle G. A. B., núm.X, autorizado mediante Resolución de 22 de abril de 2002, si bien perdió su derecho de apertura por transcurso del plazo de un mes previsto reglamentariamente para la visita inspección y puesta en funcionamiento, sin materializar la apertura. En ese momento ya se había dictado la STSJ de La Rioja 197/2002, de 16 de mayo, que anuló el inicio del procedimiento de apertura de Farmacia y, en consecuencia, la Sra. E. había solicitado por escritos de 2 de octubre de 2002 y 4 de marzo de 2003, el aplazamiento de la fecha para instalar definitivamente la Oficina de Farmacia en tanto el Tribunal Supremo se pronunciara sobre ello. La Administración se declara incompetente para adoptar esa decisión por entender que ello debe decidirlo la Sala sentenciadora.

-Mediante Resolución de 9 de mayo de 2003, de la Dirección General de Salud y Desarrollo Sanitario, se declaró la caducidad del derecho a la apertura de la Sra. E., derecho que se traslada a la persona situada en segunda posición e la lista de adjudicatarios del concurso, la Sra. P. Esta Resolución es impugnada en vía administrativa por la Sra. E., siendo desestimada el 4 de agosto de 2003.

B) El Acuerdo de 25 de septiembre de 1997, de iniciación del procedimiento de apertura de Farmacia en el término de C..

-Fue impugnado por el Colegio Oficial de Farmacéuticos y por los Farmacéuticos D. J. N. G. de S. y D. M. A. G. G.. El recurso fue desestimado en vía administrativa el 28 de enero de 1998. Sin embargo, en vía contencioso-administrativa, la ya citada STSJ de La Rioja 197/2002, de 16 de mayo, anula el procedimiento de apertura al considerar que no se daban las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para proceder a la apertura a través de la modalidad de "núcleo de población" prevista en el art. 2.2 del Decreto 14/1997, de 14 de marzo, y en entender preferente, sobre la apertura de nuevo concurso, la solicitud de traslado realizada por D^a R. P. A. al propio término de C..

-La Administración recurrió en casación la Sentencia, pero la STS de 17 de mayo de 2005 lo desestimó al entender que, al ser una norma autonómica la aplicable, no había acceso al referido recurso de casación, por lo que quedaba confirmada la STSJ de La Rioja y, en consecuencia, la necesidad de clausurar la Farmacia autorizada de un modo contrario a Derecho.

-En cuanto a la ejecución de la Sentencia, el 12 de julio de 2005, le fue remitida a la Sra. P. una copia de la misma y se le comunicaba indicase la fecha de cierre de la Farmacia, que debía producirse antes del 17 de agosto de 2005.

-La Sra. P. no respondió a la solicitud, aunque, el 19 de agosto, remitió un documento con firmas de ciudadanos de su barrio en la que solicitaba, con el fin de no perder su trabajo ni desatender a la población de su zona, se alcanzase un acuerdo que le permitiera *"seguir ejerciendo su profesión en la Oficina de Farmacia de C. hasta el momento en que, modificada la Ley de Ordenación Farmacéutica, salgan a concurso otras Farmacias en el municipio de Logroño"*. No cabía la posibilidad de atender la solicitud pues, en aplicación de los arts. 103 y 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración autora del acto no puede modular o suspender la ejecución de las decisiones judiciales.

-Ese mismo documento fue remitido a la Comisión de Peticiones y Defensa del Ciudadano del Parlamento de La Rioja, con fecha 1 de diciembre, y a petición de esta Comisión fue remitido informe de la situación de la Sra. P. con fecha de 16 de diciembre de 2005.

-El TSJ de La Rioja, mediante Providencia de 9 de diciembre de 2005, interesa la ejecución de la sentencia en el plazo máximo de 30 días. La Secretaría General Técnica, ordenó su ejecución en un plazo que finalizaba el 30 de enero de 2006.

-La Dirección General de Planificación Financiera y Sistemas de Información, mediante Resolución de 30 de enero de 2006, ordenó la clausura del establecimiento, que se materializó el citado el mismo día.

-El 30 de marzo de 2006, se recibió escrito del Defensor del Pueblo interesando informe sobre el procedimiento de apertura, que fue cumplimentado el 21 de abril de 2006.

Tras este relato fáctico, el informe realiza una breve consideración respecto de la valoración de la cesión a la Administración sanitaria por la Sra. P. de la Oficina de Farmacia de H. (que, con posterioridad, fue adjudicada, mediante Resolución de 2 de marzo de 1999, a D. F. M. F. S., que sigue en la actualidad sustentando dicha titularidad). Señala en este sentido que:

"Al referirse al daño patrimonial sufrido, D^a M^a T. no hace ninguna referencia a esta cesión de su Oficina de Farmacia de H...Es de señalar que sin esta cesión la reclamante no hubiese resultado adjudicataria de la Oficina de Farmacia...Por el contrario, presenta en su escrito de solicitud de responsabilidad patrimonial una valoración económica del negocio que suponía la clausurada Oficina de Farmacia de C.".

Y concluye:

"Para terminar con la relación de hechos acaecidos, es preciso señalar otra circunstancia que guarda relación con lo expresado en el párrafo anterior: los días 20 de noviembre de 2003 y de 7 de julio de 2005 se convocan concursos de apertura de nueva Oficina de Farmacia en los municipios de Calahorra y Logroño (términos de E. C. y en P.) y Alfaro. D^a M^a T. P. de L. M. concurre a los tres primeros concursos, presentando, no obstante, una documentación incompleta en lo relativo a sus méritos profesionales, por lo que tan solo alcanza una puntuación de 12'63125 puntos, que no recurrió en ningún momento. Es de señalar que el concurso de Calahorra se convocó conjuntamente con otros dos en Logroño, en El C. y en P., pero estos dos últimos concursos no llegaron a materializarse en la apertura de nueva Oficina de Farmacia. En cuanto al concurso de Alfaro, directamente optó por no tomar parte en el mismo, renunciando con ello a la posibilidad de optar a una nueva autorización de Farmacia en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

De lo anteriormente expresado, se deduce que, pese a que D^a M^a T. P. de L. M. conocía que el cierre de su Oficina de Farmacia de C. era inevitable (fuese por corresponder el derecho a otra solicitante o por no poder realizarse una apertura por la modalidad de 'núcleo de población' en C.), no realizó actuación alguna para paliar parte del daño que tal decisión podría comportarle, cual es la pérdida de su puesto de trabajo, calificado por la reclamante como 'lucro cesante', toda vez que pudo haber concurrido a una apertura de Oficina de Farmacia en Alfaro, en la que podría haber tenido posibilidades relevantes de obtener una nueva autorización. De hecho, una vez conocidas las puntuaciones de los concursantes (el adjudicatario de la Oficina de Farmacia de Alfaro obtuvo un total de 31'43855 puntos) se constata que la puntuación ostentada por D^a M^a T. P. de L. M. en este concurso podría haber sido superior, puesto que en 1997, hace casi 10 años, obtuvo en el procedimiento de C. 29'8247 puntos. Resulta oportuno tener en cuenta este extremo de cara al proceso de reclamación de responsabilidad patrimonial iniciado por D^a M^a T. P. de L. M. También sería preciso conciliar el importe de cualquier indemnización a la que hubiera lugar con la posibilidad de comparecer a futuros concursos de apertura de Farmacia conservando la totalidad de los puntos generados con anterioridad".

Con el Informe –como queda señalado- se adjunta la siguiente documentación:

-Acuerdo de iniciación de procedimiento de apertura de Oficina de Farmacia de 25 de septiembre de 1997.

-Acta oficial del traslado de Oficina de Farmacia, propiedad de D^a R. P. A. a su nueva ubicación en la calle E., nº X, una vez clausurada en su anterior emplazamiento en calle S., nº Z, ambas de

Logroño.

-Resolución de 28 de enero de 1998, del Consejero de Salud, por la que se desestiman los recursos ordinarios interpuestos por D. J. N. G. de S., D. M. A. G. G. y D. J. A. G. G., éste último en nombre y representación del Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja, contra el Acuerdo de 25 de septiembre de 1997.

-Resolución de 27 de marzo de 1998, de adjudicación de nueva Oficina de Farmacia a favor de D^a M^a T. P. de L. M. Incluye copia de valoración de méritos.

-Acuerdo de 20 de octubre de 1998, de inicio de expediente de apertura de Oficina de Farmacia en H. (La Rioja).

-Resolución de 13 de noviembre de 1998, de autorización de nueva Oficina de Farmacia, adjudicada a D^a M^a T. P. de L. M.

-Resolución de 24 de julio de 1998, por la que se desestima el recurso ordinario interpuesto por D^a P. E. N. contra la Resolución de 27 de marzo de 1998.

-Resolución de 18 de enero de 1999, por la que se desestima el recurso ordinario interpuesto por D. J. N. G. de S. contra la anterior de 13 de noviembre.

-Copia de la STSJ de La Rioja, 451/2000, de 20 de julio, por la que estima el recurso interpuesto por D^a P. E. N.

-Resolución de 4 de diciembre de 2001, por la que se adjudica la nueva Oficina de Farmacia a D^a P. E. N.

-Resolución de 5 de febrero de 2002, por la que se desestima la solicitud de suspensión planteada en el recurso de alzada interpuesto por D^a T. P. de L. M. contra la resolución de 4 de diciembre de 2001.

-Escrito de D^a T. P. de L. M., de 4 de marzo de 2002, en la que solicita nuevamente la suspensión de la Resolución por la que se adjudicaba la nueva Oficina de Farmacia a D^a P. E. N.

-Resolución de 11 de abril de 2002, por la que se desestima la solicitud de suspensión referida.

-Resolución de 22 de abril de 2002, por la que se autoriza la instalación de nueva Oficina de Farmacia adjudicada a D^a P. E. N.

-Escritos de D. F. B. A. , en representación de D^a P. E. N., de 4 de marzo de 2003 y 2 de octubre de 2002, por los que solicita el aplazamiento de la fecha de instalación definitiva de Farmacia.

-Copia de la STSJ de La Rioja 197/2002, de 16 de mayo de 2002, por la que se anula la Resolución de 28 de enero de 1998 por la que se desestimo los recursos interpuestos contra Acuerdo de 25 de septiembre de 1997.

-Resolución de 9 de mayo de 2003, por la que se declara la pérdida del derecho apertura de nueva Oficina de Farmacia adjudicada a D^a P. E. N. y su adjudicación al siguiente farmacéutico, D^a T. P. de L. M..

-Resolución de 4 de agosto de 2003, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por D^a P. E. N., contra la Resolución anterior.

-Copia STS de 17 de mayo de 2005, por la que se desestima recurso de casación contra la STSJ de La Rioja de 16 de mayo, que queda confirmada.

-Escrito, de 12 de julio de 2005, de remisión de copia de esta Sentencia a D^a T. P. de L. M. y se le insta a su cumplimiento antes del 17 de agosto de 2005.

-Providencia de 9 de diciembre de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo TSJ de La Rioja, instando la ejecución de la sentencia en el plazo máximo de 30 días, a la vista de la solicitud presentada el 1 de noviembre de la representación procesal del Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja.

-Resolución de 30 de enero de 2006, del Director General de Planificación Financiera y de Sistemas de la Información, por la que se resuelve clausurar, con fecha 30 de enero de 2006, la Oficina de Farmacia de D^a T. P. de L. M..

Cuarto

El 5 de junio de 2006, el Instructor del procedimiento remite declaración de siniestro a A. G. y C., Correduría de Seguros, en relación con los daños producidos por actos administrativos (apertura de Farmacia y posterior cierre por decisión judicial), con remisión, el 24 de julio de 2006, del expediente formado.

Quinto

El 31 de julio de 2006, el Instructor redacta diligencia para hacer constar las llamadas y conversaciones mantenidas con posibles tasadores de oficinas de Farmacia y la documentación necesaria para proceder a la citada tasación.

Sexto

El Instructor, mediante escrito de 1 de agosto de 2006, solicita a la reclamante determinada documentación relativa a la actividad económica de los tres últimos ejercicios (1996, 1997 y 1998) de la Farmacia de H., clausurada el 31-12-1998. La interesada, mediante escrito de 16 de agosto, manifiesta no poder remitirla en tanto no concluya el período vacacional de los profesionales que le asesoran.

Séptimo

El Instructor, mediante escrito de 22 de agosto de 2006, comunica a la interesada la

suspensión del plazo para resolver en tanto no se remita la documentación solicitada. En respuesta a este escrito, el 20 de septiembre de 2006, comunica que la mayor parte de la documentación reclamada obra en poder de la propia Consejería o en el Colegio Oficial de Farmacéuticos, si bien advierte, en relación con la documentación de naturaleza fiscal, que se ha superado con creces el plazo legal para la custodia de la misma. Literalmente afirma: *"sorprende tal requerimiento toda vez que el objeto de la petición indemnizatoria radica en el cierre de la Oficina de Farmacia en la calle J. B. de Logroño..."* En todo caso, indica la forma de conseguir esa información de los servicios de la Agencia Estatal Tributaria y de la organización colegial correspondiente.

Octavo

Mediante escrito de 13 de octubre de 2006, notificada el 13 de octubre, el Instructor otorga un plazo de quince días a la reclamante para que, de acuerdo con su solicitud de inicio de expediente de responsabilidad patrimonial:

"Pueda mejorar voluntariamente dicha solicitud, si lo estima conveniente, mediante escrito o comparecencia personal en estas dependencias, en los siguientes términos: Solicitud de indemnización por la cesión a la Administración de la Farmacia sita en H., especificando los daños o lesiones producidos, la presunta relación de causalidad entre éstos y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica, cuantas alegaciones, documentos e informes estime oportunos, y la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse".

Noveno

Mediante escrito de alegaciones, registrado el 3 de noviembre de 2006, entiende la reclamante que se ha producido una *"ampliación ex officio por la Administración autonómica de los daños y perjuicios ocasionados por el cierre de una Oficina de Farmacia en la calle B. de Logroño a los derivados del previo cierre de la Oficina de Farmacia abierta en H. (La Rioja)"*, resultando acumuladas, de acuerdo con la actuación instructora, dos peticiones resarcitorias: la iniciada a instancia de parte por los daños derivados del cierre de la Farmacia de C. y la iniciada de oficio por los daños derivados del cierre de la Farmacia de H..

En su escrito reafirma, con cita de doctrina legal del Consejo de Estado, la imputación del daño derivado del cierre de las dos oficinas de Farmacia como consecuencia de la anulación judicial de la autorización de apertura, reitera las entidades públicas que pueden facilitar información económica sobre las referidas Farmacias, y propone prueba documental.

Décimo

El Instructor, mediante escrito de 17 de noviembre de 2006, requiere a la Subdirección General de Farmacia, para la mejor determinación y fundamentación de la resolución, datos económicos de la facturación de la Farmacia de H. en los cuatro últimos

años anteriores al cierre y de disponibilidad jurídica del local. Dicha información es cumplimentada mediante escrito de 22 de noviembre de 2006 (folios 186 a 192).

Undécimo

El Instructor, mediante Acuerdo de 22 de noviembre de 2006, admite a trámite las pruebas propuestas por la interesada, así como se requiere para que los autores del informe de valoración de la Farmacia de C. ratifiquen y aclaren determinados extremos que suscitan dudas a la Instrucción y propone la designación de un perito para la valoración de la Farmacia de H. Lo que se comunica a las partes interesadas (reclamante y Z. España, como Aseguradora de la Administración).

Duodécimo

El Instructor, mediante escrito de 22 de noviembre de 2006, requiere al Colegio Oficial de Farmacéuticos que remita una certificación de la facturación con cargo a la Seguridad Social de las Farmacias de H. y C., que es cumplimentado el 20 de diciembre de 2006, con sendas certificaciones (folios 203 y 204).

Decimotercero

El Instructor, mediante escrito de 22 de noviembre de 2006, requiere a la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en La Rioja una certificación de los ingresos obtenidos por D^a T. P. de L. en relación con la Farmacia de H. y C.

Decimocuarto

El 12 de diciembre de 2006, comparecen ante el Instructor los dos peritos autores del informe de valoración de la Farmacia de C., cuyo contenido ratifican, así como responden a las aclaraciones que les formula el Instructor (folios 206 a 210).

Decimoquinto

A. G. y C., Correduría de Seguros, mediante mensaje de telefax de 21 de diciembre de 2006, comunica al Instructor que se procede al *cierre del siniestro* relativo a la clausura de la Farmacia por anulación judicial de su autorización, dado que "*dicho expediente no es objeto de cobertura al ocurrir los hechos con anterioridad a la vigencia de la póliza*".

Decimosexto

La Subdirección General de Farmacia y Uso Racional del Medicamento mediante

escrito de 9 de enero de 2007, subsana información económica facilitada en relación con la Farmacia de H. (folios 213-217).

Decimoséptimo

El Jefe de Sección de Censos de la AEAT, mediante escrito de 10 de enero de 2007, remite documentación fiscal relativa a la actividad económica relacionada con las Farmacias de H. y C., (folios 218-231).

Decimoctavo

A requerimiento del Instructor, el Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud, informa sobre los procesos de apertura de Farmacias en la Zona Farmacéutica núm. 10, encabezada por el municipio de Nájera, en la que se encuadra H., así como otras en el resto de la Comunidad Autónoma.

Decimonoveno

El Instructor, mediante acuerdo de 30 de enero de 1997, dispone la práctica de prueba pericial, que realizará D. F. A. V., Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de La Rioja, sobre valoración económica hecha de la Farmacia de C., así como *"valoración económica, a precio de mercado, de la Farmacia de H., abierta al público hasta el año 1999..."*, lo que se comunica al perito designado y a la reclamante.

Vigésimo

Tras la aceptación del encargo, el perito designado redacta su informe el 21 de febrero de 2007. En síntesis, establece una valoración alternativa de la Farmacia de C. (primera opción, 693.000 €; segunda opción 837.400 €) y, en cuanto a la valoración a precio de mercado de la de H., establece cuatro opciones (339.160; 424.967; 931.200 y 727.021, según el año de referencia (1999 o 2006), debidamente actualizados por infracción y en función de la tasa de crecimiento de ingresos. (folios 238-249).

Vigésimoprimer

El Instructor, el 22 de febrero de 2007, da trámite de audiencia a la reclamante y a Z. España, lo que se notifica oportunamente a los interesados.

La reclamante, mediante escrito de 6 de marzo de 2007, presenta alegaciones y, tras el recordatorio del marco legal de la responsabilidad patrimonial, señala que *"la Administración actuante ha reconocido su obligación de resarcir a la compareciente como*

consecuencia del cierre de la Farmacia de la Calle J. B. y, además, ex officio, ha ampliado dicho reconocimiento preliminar al cierre de la botica de H.". Valora la Farmacia de C. en 1.328.347 €, de acuerdo con informe pericial aportado, y en 931.200 €, según una de las opciones del perito designado por la Administración. Propone la terminación convencional del procedimiento por importe de la suma de la valoración de ambas Oficinas.

Vigésimo segundo

El Instructor, el 23 de marzo de 2007, redacta la Propuesta de resolución, parcialmente estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por la anulación judicial de un acto administrativo que ha causado a la reclamante un daño que no está obligada legalmente a soportar, consistente en la no reposición a su situación jurídica anterior, como titular de la Farmacia de H., por lo que debe declararse su derecho a una indemnización de 424.967 €, reducido entre un 3 y un 5 por ciento por concurrencia de culpas.

Vigésimo tercero

El Secretario General Técnico, mediante escrito de 23 de febrero de 2007, solicita informe a la Letrado de los Servicios Jurídicos de la Consejería, que se emite en sentido favorable a la Propuesta de resolución, el 9 de abril de 2007.

Vigésimo cuarto

El Instructor, el 26 de marzo de 2007, comunica a Z. España la remisión para informe de los Servicios Jurídicos y del Consejo Consultivo, quedando suspendido el transcurso del plazo para resolver y notificar en tanto se emiten dichos informes.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 13 de abril de 2007, registrado de entrada en este Consejo el 17 de abril de 2007, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 18 de abril de 2007, registrado de salida el 19 de abril de 2007, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del dictamen del Consejo Consultivo.

El art. 12 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de

Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una Propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 €. Al ser la cuantía de la presente reclamación superior a 600 €, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

El Consejo Consultivo ha de pronunciarse acerca de si, a la vista del expediente tramitado por el órgano competente de la Administración, existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, por tanto, procede estimar o no las reclamaciones de indemnización económica presentadas.

En cuanto a la normativa aplicable, según del Derecho vigente, la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, constitucionalizada en el art. 106.2 C.E., reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados 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, y se cumplan los demás requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico (art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC).

Los requisitos para que se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración, de acuerdo con reiterada y pacífica doctrina y jurisprudencia del régimen de Derecho positivo sobre la materia, pueden resumirse en los siguientes: 1º Que se trate de una

lesión antijurídica, esto es, de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas, que no tengan el deber jurídico de soportar; 2º Que la lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa de causa a efecto sin intervención extraña que pueda influir en el nexo causal; 3º que el daño no se hubiera producido por fuerza mayor; y 4º que no haya prescrito el derecho a reclamar (cuyo plazo legal es de un año, computado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo).

Tercero

La responsabilidad de la Administración autonómica como consecuencia de la anulación judicial del Acuerdo por el que se inicia el procedimiento de apertura de nueva Oficina de Farmacia.

1. Según la reclamante, la clausura de la Oficina de Farmacia, sita en el Barrio de C. de Logroño, de la que fue titular, como consecuencia de la anulación judicial del Acuerdo por el que se inicia el procedimiento de apertura de nueva Oficina de Farmacia, le ha causado un daño y perjuicio, evidente y cuantioso, que es imputable a la Administración autonómica.

El *quantum* mínimo en el que valora en su escrito inicial la lesión patrimonial derivada de la clausura de la Oficina de Farmacia de C. es el de 1.328.347 €.

Posteriormente, en el trámite de audiencia y a resultas de la *"mejora de la solicitud"* que le ofrece el Instructor de la tramitación del procedimiento, al valor de la Farmacia de C. añade el valor de Oficina de Farmacia de H., cuya titularidad cedió a la Administración regional, tras resultar adjudicataria de la de C., que cuantifica en 931.200 €.

La Propuesta de resolución considera que no hay daño antijurídico derivado del cierre de la Farmacia de C., pero, como quiera que la Administración no puede reponer a la reclamante en la titularidad de la Farmacia de H., cedida a la Administración y adjudicada en concurso a otro Farmacéutico, la considera responsable sólo de este específico daño. Cuantifica la indemnización, de acuerdo con el informe pericial requerido por la Administración, en 424.967 €, *"valor de la Farmacia de H. a 1999, actualizado al día de hoy según los datos de inflación. Esto sería tanto como equiparar la indemnización a una venta..."*. No obstante, propone reducir ese importe entre un 3 y un 5 por ciento por concurrencia de culpas.

2. Por razones de orden formal, hemos de abordar, en primer lugar, como también hace la Propuesta de resolución, la cuestión de la supuesta ampliación ex officio del reconocimiento de responsabilidad al cierre de la Farmacia de H., además del daño inicial reclamado por el cierre de la de C.

Pese a que el ofrecimiento hecho por el Instructor a la reclamante para, en aplicación del art. 71 LPAC, *"mejorar voluntariamente"* la solicitud, requiriéndole información económica relativa a la Farmacia de H., cuya literalidad puede haber confundido a la reclamante, lo cierto es que la *"mejora"* no siempre y necesariamente supondrá un plus respecto de lo solicitado inicialmente, sino que puede tratarse, sin más, de la *"modificación"*, como también dice el citado art. 71 LPAC, de la solicitud; modificación que, en un caso como el presente, puede afectar, por ejemplo, al daño reclamado (se incluyen unos y se renuncian a otros; se añaden otros no considerados, etc.).

Ese y no otro debe ser el sentido del ofrecimiento del Instructor, que, por el momento procedimental en que se produce, *"no ha reconocido nada, y mucho menos 'ha ampliado' tal reconocimiento"* del daño (esto es, el derivado del cierre de la Farmacia de C. y el de la de H.). Y es que, en efecto, cuando sólo se puede ser titular de una Farmacia (art. 6.1 de la Ley 8/1998, de Ordenación farmacéutica de La Rioja), resulta incongruente solicitar una terminación convencional del procedimiento de responsabilidad si se indemniza el daño del cierre de ambas Farmacias.

Tal vez, el origen del equívoco se halle en el empleo por el Instructor de la expresión *"mejora de la solicitud"* sin explicar el sentido posible de la mejora o *"modificación"*, cuando presumiblemente el Instructor ya se había forjado una idea de los daños susceptibles o no de valoración (solo por el cierre de la Farmacia de H.), como luego recoge la Propuesta de resolución.

Por todo ello, en el futuro, siempre que se haga mención a la posibilidad de modificación o mejora de la solicitud prevista en el art. 71 LPAC, el Instructor habrá de precisar en qué sentido caben aquéllas, sin perjuicio de los derechos y acciones que libremente ejercite el interesado.

3. Resuelta esta cuestión de orden formal, debemos examinar, a continuación, si la anulación de un acto administrativo presupone automáticamente el derecho a la indemnización de los daños derivados de la misma, como interpreta la reclamante y rechaza acertadamente la Propuesta de resolución, en cuanto al cierre de la Farmacia de C..

En nuestro Dictamen 124/05, emitido en un caso análogo de clausura de una Farmacia, hemos afirmado, de acuerdo con la jurisprudencia (SSTS de 12 de julio y 9 de noviembre de 2001, entre otras muchas), que la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contencioso-administrativos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización, como establece literalmente el art. 142.4 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC), sino que, para ello, es necesario que se cumplan los requisitos generales de la responsabilidad establecidos en el art. 139.1 LPAC, requisitos que hemos recogido en el Fundamento Jurídico anterior.

La responsabilidad no se da por supuesta por la sola anulación de un acto administrativo y solo procederá si concurren los requisitos legales a que hemos hecho referencia. Como ha reiterado el Consejo de Estado, *"el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente, y sin más requisito de acreditación necesaria, para que surja el derecho a indemnización. Por el contrario, para declarar la responsabilidad patrimonial, y el derecho del particular a percibir una indemnización, deben concurrir los presupuestos generales de aquélla"* (Dictámenes núms. 6494/97 y 331, 3407 y 2452/98, entre otros).

El sentido del art. 142.4 LPAC es: i) en primer lugar, reconocer que la anulación de actos administrativos también puede ser causa determinante de responsabilidad patrimonial de la Administración (una especificación de la cláusula general *"funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos"*, que no altera su carácter objetivo), siempre que exista nexo causal y sea un daño antijurídico, esto es que el particular no tenga el deber jurídico de soportar; ii) en segundo lugar, establecer que los motivos de la anulación susceptibles de determinar responsabilidad pueden ser *"por razón de fondo o forma"*; y iii) en tercer lugar, concretar, en ese caso, el plazo para reclamar, pues el derecho *"prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva"*, regla que excepciona la general prevista en el art. 142.5 LPAC (el año se cuenta desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde que se manifieste su efecto lesivo).

4. Hemos, pues, de analizar si el cierre de la Farmacia de C. constituye un daño o lesión antijurídica, que afecte a bienes, derechos o facultades que efectivamente se hallen

incorporados con anterioridad a la esfera personal o patrimonial del reclamante de manera definitiva. Es obvio que la autorización de apertura de Farmacia (una autorización *operativa*) es un típico acto *favorable* que amplía la esfera jurídica del beneficiario. Pero esta *ampliación* no puede considerarse *definitiva* en tanto el acto u actos que le otorgan la cobertura legal necesaria sean firmes, con firmeza absoluta. Esto es, hasta que haya concluido definitivamente su revisión en vía administrativa o judicial. Y es que la adquisición de un derecho de naturaleza administrativa, con independencia de su carácter más o menos reglado, solo puede realizarse de conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, con sujeción al principio de legalidad de la actuación de la Administración Pública autora del acto, dogma esencial del Estado de Derecho.

Y, en el presente caso, ese derecho, por paradójico que pueda parecer (dado que la situación de provisionalidad y pendencia jurídica se ha mantenido ocho años, esto es, desde la apertura el 7 de enero de 1999 hasta su clausura el 30 de enero de 2006, con las incidencias procesales relatadas en los Antecedentes de Hecho), no se había patrimonializado ni era definitivo y firme, pues el acto administrativo del que trae causa (el Acuerdo de la Dirección General de Salud y Consumo de 25 de septiembre de 1997, por el que se inicia procedimiento de apertura de nueva Oficina de Farmacia en C.) había sido recurrido, en vía administrativa por tres partes interesadas, y, tras su desestimación, en vía contencioso-administrativa, vía que concluye con la STSJ de La Rioja 197/2002, de 16 de mayo de 2002, que anula dicho Acuerdo, por entender la Sala que no concurre el supuesto de *núcleo de población separado* habilitante de la apertura y, además, por haberse producido un traslado previo de Oficina de Farmacia que tiene prioridad sobre los procedimientos de nueva apertura. E, interpuesto recurso de casación, es desestimado por STS de 17 de mayo de 2005. Firme así la STSJ de La Rioja 197/2002 y en ejecución de su fallo, se procede a la clausura de la Farmacia de C. el 30 de enero de 2006.

En consecuencia, el contenido *favorable* de la autorización de apertura de Farmacia no se había incorporado al patrimonio de la reclamante y era *provisional* en tanto se resolviese la revisión judicial de la legalidad del Acuerdo de iniciación del procedimiento de apertura. Y, de esa *provisionalidad*, era conocedora D^a T. P. de L., pues constan en la documentación incorporada al expediente los recursos administrativos y contencioso-administrativos planteados contra el referido Acuerdo y, en ellos, fue parte codemandada la reclamante y, en tal condición, comparece en el proceso contencioso (folio 106 para los recursos administrativos y folio 154 para el contencioso-administrativo).

En consecuencia, la anulación judicial de un previo acto administrativo no constituye, en el presente caso, una lesión antijurídica, pues las consecuencias jurídicas de la anulación judicial han de ser, sin más, soportadas por el propio beneficiario del acto favorable, como es la autorización de apertura de una Oficina de Farmacia.

Puede, como queda señalado, parecer paradójico que esa situación de *provisionalidad* se haya prolongado durante ocho años, tiempo que han durado los procesos de revisión del acto administrativo, como lo es que el procedimiento reglamentario de autorización no establezca medidas cautelares adecuadas para garantizar, simultánea y armónicamente, la correcta satisfacción de la asistencia farmacéutica junto con la flexibilidad, pero también seguridad jurídica, en la apertura de Farmacias, aplicando las prerrogativas y facultades administrativas (suspensión de las autorizaciones de apertura o traslado en tanto éstas no sean firmes, exigencia de avales para los litigantes, etc.) para evitar el entorpecimiento de los legítimos derechos y el uso abusivo del Derecho. El relato fáctico es suficientemente expresivo y resulta incomprensible que se haya podido mantener esa situación, pese a las decisiones administrativas y judiciales dictadas.

Si la Administración –como hemos recogido en el Antecedente de Hecho Tercero- no estimó en octubre de 2002 la petición de suspensión del plazo para la apertura de Farmacia planteada por la Sra. E, por entender que dicha medida correspondía a la Sala sentenciadora, no se entiende por qué la Administración declara caducado el derecho de apertura de la Sra. E. y, decaído ese derecho, otorga la apertura de Farmacia a la Sra. P. de L., que seguía abierta desde 1999. Esa medida de suspensión dictada al amparo de las potestades reconocidas en el art. 111.2 LPAC (cuando la ejecución pudiera causar perjuicio de imposible o difícil reparación), con la imposición de las cauciones o garantías suficientes (art. 111.4 LPAC) hubiera evitado cualquier apariencia de consolidación de expectativas o derechos de la reclamante sobre el apertura de Farmacia otorgada en C..

En consecuencia, cuando la autorización de apertura no es jurídicamente definitiva y firme, sino provisional, no puede entenderse que se ha patrimonializado e incorporado a la esfera jurídica del interesado, razón por la cual la anulación o restablecimiento de la legalidad, no constituye una lesión antijurídica, pues el beneficiario tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias de la anulación. No puede imputarse el daño y la responsabilidad indemnizatoria a la Administración, pues ésta ha incurrido en una *nulidad simple*, al interpretar incorrectamente el concepto jurídico indeterminado de *núcleo de población separado*. Se trata de una actuación irregular de la Administración que, aun lamentable, no es susceptible de causar lesión, pues entra dentro de los parámetros que son habituales en la actuación de la Administración. Postular una solución diferente abocaría a una paralización de la actuación administrativa, si cualquier error, luego corregido, debiera conducir irremediabilmente a la concesión de una indemnización. Ese es el planteamiento de la jurisprudencia y doctrina legal que se cita en la parte final del Fundamento de Derecho Tercero del Dictamen 124/05, al que ahora nos remitimos, argumentos también recogidos en el Fundamento de Derecho Octavo de la Propuesta de resolución.

No existe, en consecuencia, daño ni lesión antijurídica por el cierre de la Farmacia de C., cuyo titular provisional era la Sra. P. de L., como correctamente sostiene la Propuesta de resolución.

5. Ahora bien, tras el legítimo y obligado restablecimiento de la legalidad, la reclamante no es repuesta a la posición jurídica originaria, esto es, la de titular de la Farmacia de H.. Y ello no es factible porque la reclamante, acogiéndose a lo dispuesto en el art. 30.8 del Decreto 14/1997, de 7 de marzo, por el que se regula el procedimiento para autorizar nuevas Oficina de Farmacia en La Rioja, había cedido esa titularidad a la Administración para una posible convocatoria de concurso, dado que esa cesión le permitía obtener una ventaja en el concurso consistente en un incremento de su puntuación total en un 30 por ciento. Y así, la Administración sacó a concurso y adjudicó a un nuevo titular la Farmacia de H., el 2 de marzo de 1999.

Como quiera que la cesión de la Farmacia de H. a la Administración no era un requisito para concursar, sino una decisión voluntaria del titular que le permitía mejorar su posición competitiva en el concurso de nueva Farmacia, el compromiso de cesión solo se hizo efectivo una vez otorgada la autorización de apertura de la Farmacia de C. (clausura de la de H., el 31 de diciembre de 1998, tras autorización de la de C. el 13 de noviembre de 1998 y apertura al público de ésta el 7 de enero de 1999), autorización que, pese a su apariencia de *definitiva*, no lo era, como demuestra que fuera anulada por la STSJ de La Rioja 451/2000, de 20 de julio, que reconoció el mejor derecho de la Sra. E. a dicha Farmacia, pese a lo cual, la Farmacia de C. siguió abierta, con las incidencias relatadas en los Antecedentes de hecho.

La cesión de la titularidad de la Farmacia de H., con la consiguiente pérdida de su valor económico de mercado, fue hecha por la ventaja subjetiva equivalente obtenida con la autorización de apertura de nueva Farmacia. Si ésta es anulada, queda roto el equilibrio patrimonial original de la reclamante, en beneficio del interés general, pues la Farmacia cedida la ha adjudicado la Administración a otro Farmacéutico. Y si, como hemos dicho, nada puede reclamarse por la clausura de la Farmacia de C., hemos de admitir que la imposibilidad de restituir la Farmacia de H. a su anterior titular (la reclamante) constituye un daño antijurídico que el particular no tiene el deber de soportar. Se trata de una lesión que comporta un sacrificio o reducción del patrimonio de la reclamante que ha beneficiado a los intereses generales (la asistencia farmacéutica garantizada por el nuevo titular).

El daño consiste en la pérdida de la titularidad de la Farmacia de H., que le habilita para el ejercicio de una actividad profesional, que tiene una indiscutible dimensión económica, como evidencia que la autorización administrativa de apertura de Farmacia sea objeto de tráfico jurídico y pueda ser transmitida o cedida a terceros Farmacéuticos –con conocimiento de la Administración– por el valor de mercado inherente al beneficio económico potencial que puede reportar la actividad profesional autorizada. Admitida la existencia de una lesión antijurídica, hemos de entrar ahora en la valoración del daño causado.

Cuarto

Valoración del daño

Varias son las posibilidades a considerar para determinar la indemnización del daño causado por la no reposición de la posición jurídica de la Sra. P. de L. a la situación jurídica, como titular de la Farmacia de H..

1. El valor venal de mercado de la Farmacia de H.

Su determinación ha sido objeto de informe pericial, realizado por encargo del Instructor. El perito ofrece, como ha quedado señalado, hasta cuatro alternativas según se tome como referencia el año 1999 (el cierre se produjo el 31 de diciembre de 1998), en cuyo caso se fija un importe de 339.160 €, y cuyo valor, actualizado por la inflación, es de 424.967 €. Si la valoración se hace por referencia a 2006, con una tasa de crecimiento del 13'5% anual de la facturación, el valor es de 931.200 € y con una tasa de 10% anual, de 727.021 €. En su escrito de alegaciones, la interesada reclama la máxima valoración, esto es, 931.200 €. La Propuesta de resolución, sin embargo, opta por la de 424.967 que corresponde al valor de 1999, actualizado por la inflación, valor reducido entre un 3 y un 5 por ciento por concurrencia de culpas.

Este Consejo Consultivo no tiene criterio técnico para discutir la valoración. No obstante, resulta llamativo, en relación con la valoración referida a 2006, bien se haga con una tasa de crecimiento del 13'5% o del 10% anual, que resulte más alto el valor de la Farmacia de H. que la de C.. Así, la alternativa 1ª para C., se fija en 693.000 € y la alternativa 2ª, fija 837.400 €, valores inferiores a los fijados para H. con una tasa de crecimiento del 13'5%.

Es de advertir que el informe pericial parte de la facturación real hecha por la Farmacia de H. a la Seguridad Social, hasta 1998, aplicando, a partir de esa fecha, la tasa de crecimiento fijo referida, hipótesis de crecimiento que puede no corresponder en modo alguno a la realidad, máxime si se tienen en cuenta las medidas gubernativas establecidas para reducir el gasto farmacéutico y el margen de beneficio reconocido a esta actividad, como es de sobra conocido.

El propio autor del informe señala en *Nota* que figura en el folio 249 que: *"si se dispusiera de datos de facturación a la Seguridad Social actuales de la Oficina de Farmacia de H. habría que cotejar las previsiones efectuadas para 2006 con las ventas reales para validar los resultados"*.

Pues bien, la Administración sanitaria puede, de oficio, incorporar a este procedimiento, los datos de facturación a la Seguridad Social reales correspondientes al último ejercicio liquidado (2006) de la Farmacia de H., datos reales que permitirían –como afirma el perito- *validar los resultados* y, presumiblemente, alcanzar una valoración más ajustada al valor de mercado, en función de la rentabilidad económica real –no hipotética- de dicha Farmacia. Esa operación puede hacerla el propio perito o, siguiendo su misma metodología, concluir la los servicios de la Administración actuante.

Una vez que se determine ese valor de mercado de la Oficina de Farmacia de H. (reduciendo, en su caso, por culpa concurrente, lo que proceda) y hecho efectivo el pago a la reclamante, se habrá repuesto y dejado indemne el patrimonio de la reclamante.

Pero esta operación reparadora no deja de suscitar perplejidad. En efecto, resulta paradójica la mercantilización de la autorización operativa de Oficina de Farmacia, que es una consecuencia impensada e inesperada del modelo de intervención administrativa en la atención farmacéutica de la población, actividad económica sustraída a la libre iniciativa y competencia de los particulares. Resulta sorprendente que el título administrativo habilitante, otorgado gratuitamente a los interesados (con la salvedad de las tasas de expedición) termine mercantilizándose y siendo objeto de tráfico jurídico en los términos referidos. La disfuncionalidad de este modelo queda en evidencia en casos como éste en el que el reclamante pide como indemnización el valor de mercado de la Oficina de Farmacia, esto es, de la autorización administrativa habilitante, cuya adquisición recibió gratis.

Ahora bien, al margen de esta paradoja, es necesario advertir acerca de la posición económica y jurídica singular en la que quedaría la reclamante una vez indemnizada. Cabe pensar en dos situaciones:

-La primera, entender que se encuentra en la de quien acabase de transmitir o ceder la titularidad de una Farmacia de sus mismas características, con las consecuencias jurídicas inherentes. Esto es, al haber incorporado a su patrimonio el valor en venta de la Farmacia tendría, en cuanto al ejercicio de su actividad profesional, las limitaciones previstas para quienes han realizado dicha transmisión, por liquidación o monetarización del título habilitante. Y así, señala el art. 10.3 de la Ley 8/1998, de 16 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de La Rioja (en la modificación aprobada por la Ley 7/2006, de 18 de octubre) que: *"no podrán participar en un nuevo concurso de Oficina de Farmacia aquellos farmacéuticos que hubiesen transmitido o cedido total o parcialmente su Oficina de Farmacia hasta que no transcurra un plazo de 15 años desde la última transmisión o cesión"*.

-La segunda, entender que no es operativa esta limitación temporal y que la reclamante indemnizada puede concursar a las nuevas oficinas de Farmacia que se convoquen. En dicho concurso se aplicará la previsión del art. 15.1, segundo párrafo del Decreto 15/2007, de 30 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de Farmacia: *"En caso de que una apertura de Oficina de Farmacia haya sido declarada nula por sentencia judicial firme, se valorarán todos los méritos que se hubieran tenido en cuenta en el procedimiento anulado. No obstante, los méritos profesionales generados en virtud de una apertura declarada nula judicialmente no podrán ser tenidos en cuenta"*.

Previsión que ampara la situación de un caso como el del presente dictamen. Pues bien, caso de resultar adjudicataria de una nueva autorización y abierta

efectivamente, se produciría un enriquecimiento injusto de la reclamante, pues al valor económico liquidado e incorporado a su patrimonio (el de la Farmacia de H.) sumaría el inherente al nuevo que podría hacer efectivo a partir de los tres años de la apertura de la nueva Farmacia, de acuerdo con lo establecido en el art. 11.1 de la Ley 8/1998, de 16 de junio.

En consecuencia, caso de que D^a T. P. de L. concurse y se le adjudique una nueva Farmacia en el concurso actualmente convocado por Resolución de 4 de abril de 2007, de la Dirección General de Planificación Financiera y Sistemas de la Información, por el que se inicia procedimiento único de apertura de nuevas oficinas de Farmacia (BOR de 5 de abril de 2007), deberá devolver el importe de la indemnización recibida, debidamente actualizada a la fecha de apertura, para restablecer el equilibrio financiero evitando el enriquecimiento injusto que, en caso contrario, se produciría.

2. Cuantificación de la pérdida de ingresos desde el cierre de la Farmacia de C. hasta la adquisición de una nueva autorización de Farmacia.

En este caso, la identificación y determinación del daño no se contrae a la pérdida del valor económico de una Oficina de Farmacia concreta (como la de H.), sino pura y simplemente a la pérdida de los ingresos que como titular de una autorización administrativa de Oficina de Farmacia podría haber obtenido desde la clausura de la Oficina de Farmacia de C. hasta que obtenga una nueva autorización de apertura de Farmacia.

La no reposición de la reclamante a su situación anterior le impide, como titular de Farmacia, obtener los ingresos derivados de esa actividad profesional. Esa situación se ha producido, exclusivamente, a partir del momento del cierre de la Farmacia de C., que se produjo el 30 de enero de 2006, luego el inicio del cómputo del daño comenzaría a partir del 31 de enero de 2006 y se extendería hasta el momento en que obtenga una nueva autorización de apertura de Farmacia, una vez que se resuelva el procedimiento único de apertura, recientemente convocado. En tanto éste se resuelva, el daño no tiene el carácter de efectivo, pues lo será cuando se produzca el otorgamiento de la nueva autorización de Farmacia, momento en que concluirá la materialización del mismo. Será ese momento, adecuado para determinar el alcance del daño.

Para calcular el lucro cesante no pueden tomarse como referencia los ingresos obtenidos por su actividad en la Farmacia de C., sino los correspondientes a la Farmacia de H. (a la que debiera haber sido repuesta), teniendo en cuenta para su determinación los datos de facturación real a la Seguridad Social correspondientes al último período liquidado (2006) del actual titular de la Farmacia de H.. Estimados los ingresos anuales de dicho año, puede hacerse la proyección para el ejercicio siguiente, hasta cuando se produzca la apertura de la nueva Oficina de Farmacia.

La Administración actuante valorará si deduce de los ingresos que le hubieran correspondido como titular de Oficina de Farmacia, los que la reclamante haya obtenido efectivamente, trabajando como Farmacéutica por cuenta ajena.

Quinto

La Propuesta de resolución en el Fundamento de Derecho Undécimo considera, a la vista de las consideraciones finales del Informe de la Subdirección General de Farmacia y Uso racional del Medicamento, de 15 de junio de 2006, transcritas en el Antecedente de Hecho Tercero de este dictamen, que existe un concurso de culpas, en cuanto que la víctima ha participado en la producción del daño, dado que conocía, antes de que abriera su Farmacia, luego clausurada, que la convocatoria estaba impugnada y, lejos de solicitar la suspensión del acto de apertura, impugnado en vía administrativa y posteriormente contencioso-administrativa, acudió pronta a su ejecución y apertura". Cuantifica el tanto de culpa de la propia reclamante entre un 3 y un 5 por ciento, que reducirá el importe de la indemnización.

Este Consejo Consultivo entiende, sin embargo, que no ha de exigirse a la reclamante (en el ejercicio de una elemental prudencia, que aconsejara dilatar la apertura de la nueva Farmacia), amparada como estaba su iniciativa en la presunción de validez de un acto administrativo, lo que debiera haber hecho la propia Administración, adoptando las medidas cautelares oportunas, a la vista de los recursos administrativos y contenciosos suscitados. A ello le exhortaba el art. 9.5 de la Ley 8/1998 cuando señala que *"por vía reglamentaria se podrán establecer las medidas cautelares oportunas, a fin de evitar que se obstaculice el procedimiento de autorización de nuevas Oficinas de Farmacia o apertura de las ya autorizadas"*. La Administración, de oficio o a solicitud de parte, podía haber adoptado las medidas cautelares a que le faculta el art. 111 LPAC.

No es este el comportamiento de la reclamante que interfiere el nexo causal del daño realmente producido, salvo para entender, como hemos afirmado, que tiene el deber jurídico de soportar el daño derivado del cierre de la Farmacia de C., aunque no el derivado de la no reposición a la Farmacia de H..

Donde entendemos que hay un concurso de la víctima en la producción del daño (pérdida de la titularidad de Oficina de Farmacia) es en su inactividad al no haber participado en el concurso para la apertura de una nueva Farmacia en Alfaro, concurso, convocado el 7 de julio de 2005, en el que *"podría haber tenido posibilidades relevantes de obtener una nueva autorización"*, señala el Informe de 15 de junio de 2006, más arriba citado. Es cierto que no estaba obligada a participar, pues ninguna norma le obligaba a ello y puede ser que dicha Farmacia no le interesara por razones de ubicación. Pero no puede negarse que objetivamente, conociendo como conocía, que la STS de 15 de mayo, había confirmado la STSJ de La Rioja de 16 de mayo de 2002 (y en consecuencia debía clausurar la Farmacia

de C.) su inactividad ha contribuido a la producción del daño, pues si hubiera participado en dicho concurso y obtenido nueva Farmacia, podía haberse evitado totalmente dicho daño. La Administración actuante, según su criterio, cuantificará el porcentaje de este concurso de culpas, manteniendo o revisando el propuesto por el Instructor y que se aplicará a la determinación de la indemnización, cualquiera que sea la alternativa valorativa que se siga.

CONCLUSIONES

Primera

No existe título alguno de imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por la anulación judicial del Acuerdo de 25 de septiembre de 1997, de la Dirección General de Salud, y la consiguiente clausura de la Oficina de Farmacia de C., por lo que procede la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por ese concreto motivo.

Segunda

Existe título de imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración derivado de la imposibilidad de reponer a la reclamante en la situación jurídica que tenía como titular de la Oficina de Farmacia de H., al haber adjudicado dicha Oficina a otro Farmacéutico.

Tercera

Falta, no obstante, en este segundo caso, el requisito de la *efectividad* del daño ya que éste es de los llamados *continuados* y, si bien comenzó a producirse en el momento de la clausura de la Oficina de Farmacia de C. en ejecución de sentencia, sólo cesará y podrá ser determinado y evaluado cuando la interesada lo de formalmente por concluido ante la Administración o, cumpliendo la obligación que, en otro caso, le incumbe de participar en todas las convocatorias de concurso para la adjudicación que se publiquen, efectivamente obtenga otra Oficina de Farmacia en La Rioja.

Por tanto, en el momento actual, procede desestimar también la reclamación de responsabilidad por este concreto motivo.

Cuarta

No obstante, una vez determinado el daño, el mismo podrá ser valorado con arreglo a los siguientes criterios:

- 1.-La indemnización ha de comprender el beneficio empresarial farmacéutico

correspondiente a la Oficina de Farmacia de H. por el período comprendido entre la clausura en 2006 de la Farmacia de C. y el día en que pueda determinarse la efectividad del daño con arreglo a la Conclusión Tercera de este Dictamen, sin que, obviamente, nada pueda ser indemnizado por el tiempo en que estuvo abierta la Oficina de Farmacia de C.. Dicho beneficio empresarial debe calcularse tomando básicamente como referencia la facturación a la Seguridad Social efectuada por la Oficina de Farmacia de H. durante el referido período.

2.-No puede descontarse de dicho valor ningún porcentaje en concepto de *concurrency de culpas* por no haber solicitado en su momento la reclamante la suspensión de la apertura de la Oficina de Farmacia de C., ya que ello era una potestad administrativa que la Administración pudo ejercitar y no ejercitó.

3.-Sin embargo, de dicho valor ha de descontarse una cantidad, que este Consejo estima que puede ser fijada prudencialmente en el 5%, en concepto de *culpa concurrente de la víctima* al no haber participado la misma en el concurso convocado para la adjudicación de nuevas Oficinas de Farmacia cuándo ya conocía la anulación por sentencia firme de la apertura de Oficina de Farmacia de C..

4.-Igualmente procedería descontar de dicho valor el importe de lo percibido por la interesada como Farmacéutica por cuenta ajena desde la clausura de la Oficina de Farmacia de C. hasta el momento en que pueda considerarse concluida la producción del daño.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero

