En Logroño, a 20 de diciembre de 2005, 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^a M^a del Bueyo Díez Jalón, y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D^a M^a del Bueyo Díez Jalón, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

124/05

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja sobre el expediente de responsabilidad patrimonial interpuesto por D. José Ignacio F. R. frente a la Administración riojana *por la clausura y cierre del establecimiento de farmacia sito en el Centro Comercial de A., término municipal de Pradoviejo (Logroño).*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El día 11 de mayo de 2005, tiene entrada, en el Registro de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja, una petición, suscrita por D. José Ignacio F. R., en su propio nombre y derecho, por la que viene a reclamar a la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja una cuantía indemnizatoria, que, de momento, asciende a 1.503.198,50 €, como consecuencia de los daños producidos tras el cierre definitivo de la farmacia que regentaba el reclamante en el Centro Comercial A., término municipal de Prado Viejo (Logroño).

Tras narrar los hechos, entre los que se han de destacar los que se enumerarán a continuación, considera que es la Administración regional la responsable de los daños sufridos tras la clausura de dicha farmacia, por lo que le ha de resarcir de los mismos, que cuantifica con los gastos de adquisición de otra oficina de farmacia sita en la calle Duques de Nájera, n^o xx de Logroño.

De los hechos relacionados por el reclamante hemos de transcribir literalmente los siguientes:

“PRIMERO. Por Resolución de la Dirección General de 19 de abril de 2000, previa tramitación del oportuno expediente administrativo, quien suscribe resultó adjudicatario de Licencia para la apertura de la oficina de farmacia sita en Logroño (La Rioja) en el término municipal de Pradoviejo (Centro Comercial A.). Se acompaña a efectos de acreditar lo expuesto Documento nº 1.

La autorización para la apertura de farmacia en el Centro Comercial A., trajo su causa en el Acuerdo del Director General de Salud de 8 de abril de 1998, de incoación del pertinente expediente administrativo, que, recurrido por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja, alcanzó estado mediante la Resolución del titular de la Consejería de 17 de agosto de 1998, por la que vino a desestimarse el recurso deducido por tal Colegio Profesional contra el Acuerdo de la Dirección General de Salud.

Formulada demanda, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja bajo el ordinal 784/99, en el que quien suscribe actuó como demandado, en el mes de octubre de 2000 fue dictada sentencia por la que se declaró: “Que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto e íntegramente las pretensiones de la demanda, declaramos no ser conformes a Derecho tanto el Acuerdo del Director General de Salud y Consumo de 6 de abril de 1998 iniciador del procedimiento de apertura de farmacia en Logroño, en la zona farmacéutica Pradoviejo, como la Resolución del Consejero de Salud, Consumo y Bienestar Social del Gobierno de La Rioja, de 17 de agosto de 1998, resolutoria del recurso ordinario interpuesto contra la anterior, actos en consecuencia anulamos y dejamos sin efecto alguno”. Se acompaña a los efectos que procedan Documento nº 2, comprensivo de copia del citado procedimiento judicial.

Recurrida tal Sentencia ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el 12 de mayo de 2004, fue dictada en Recurso de casación 7.316/2000, la que en su parte dispositiva se pronunció del siguiente tenor literal: “Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia dictada en los presentes autos por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, con fecha de 6 de octubre de 2000, imponiendo expresamente por mitades, a ambas partes recurrentes las costas causadas en este trámite”.

SEGUNDO. Mediante Diligencia de ordenación de 8 de julio de 2004, una vez alcanzó firmeza la Sentencia dictada, de conformidad con lo preceptuado en la normativa legal reguladora, fue requerida la Administración demandada al objeto de ejecutar la Sentencia. Se acompaña a los efectos de prueba el Documento nº 4 comprensivo del citado pronunciamiento judicial dictado el 8 de julio de 2004.

Dada la íntima conexión existente entre la Resolución recurrida por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja y la autorización de apertura de la farmacia en la que quien suscribe vino ejerciendo su profesión de farmacéutico, el 3 de enero del año en curso, previa Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud, fue **clausurada** la farmacia en su día abierta en el indicado Centro Comercial de A. en Logroño. Se acompaña a efectos de prueba el Documento nº 5, en el que se comprende copias del escrito de remisión a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Resolución del Secretario General Técnico y Acta de Clausura de la Oficina de Farmacia”.

A este escrito inicial en el que el Sr. F. reclama a la Administración sanitaria riojana la cantidad, de momento, de 1.503.198,50 €, se adjuntan los siguientes documentos:

-Documento nº 1. La Resolución de 19 de abril de 2000, por la que el Director General de Salud de la Consejería de Salud y Servicios Sociales acuerda la adjudicación de la licencia de farmacia a favor del Sr. F. R..

-Documento nº 2. La Sentencia del T.S.J. de La Rioja de 6 de octubre de 2000, por la que se acuerda la anulación del Acuerdo del Director General de Salud y Consumo de 6 de abril de 1998, iniciador del procedimiento de apertura de oficina de farmacia, en la zona farmacéutica “Prado Viejo”, así como la Resolución del Consejero de Salud, Consumo y Bienestar Social del Gobierno de La Rioja, de 17 de agosto de 1998, resolutorio del recurso ordinario interpuesto contra el anterior.

-Documento nº 3. Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2004, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la anterior.

-Documento nº 4. Diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja de 8 de julio de 2004, por la que se da expresión de la firmeza de la Sentencia, y se acuerda su ejecución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 LJCA.

-Documento nº 5. La Resolución del Secretario General Técnico de la Consejería de Salud de 3 de enero de 2005, que, en cumplimiento y ejecución del fallo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja, acuerda la clausura de la oficina de farmacia referenciada.

-Documento nº 6. Contrato de compraventa privado, de fecha de 20 de diciembre de 2004, suscrito por el Sr. F. con otro farmacéutico, por el que el primero adquiere la oficina de farmacia sita en la calle Duques de Nájera nº xx de Logroño.

-Documento nº 7. Contrato privado de arrendamiento del local de negocio suscrito por las mismas partes que el anterior. Data de 31 de diciembre de 2004.

-Documento nº 8. Elevación a público de los contratos privados referenciados, ante Notario de Logroño, el día 17 de enero de 2005.

-Documento nº 9. Solicitud de traspaso de la farmacia sita en la calle Duques de Nájera, nº 80 de Logroño a favor del Sr. F. R..

-Documento nº 10. Acta de apertura oficial de farmacia de 4 de enero de 2005.

-Documento nº 11. Resolución de 14 de enero de 2005, por la que se autoriza la transmisión de la farmacia a favor del Sr. F. R.

-Documento nº 12. Solicitud instada por el Sr. F. R., para el traslado de oficina de farmacia situada en la c/ Duques de Nájera nº xx de Logroño, al local nº 48 de la Galería Comercial del Centro Comercial P. R., c/ Tejera, xx de Logroño.

-Documento nº 13. Resolución de 15 de febrero de 2005, por la que la Directora General de Salud y Desarrollo Sanitario autoriza el traslado solicitado por el Sr. F.

-Documento nº 14. Escritura pública de constitución de un préstamo hipotecario.

Segundo

El 25 de mayo de 2005, el Consejero de Salud decreta el inicio del procedimiento general de responsabilidad patrimonial con el fin de determinar si procede indemnizar al Sr. F. R., y procede al nombramiento de un Instructor.

Tercero

Con fecha de 30 de mayo de 2005, el Instructor, procede a expedir la comunicación administrativa referida en el artículo 42.4 LRJPAC, y es notificada en el domicilio señalado a tal efecto. El mismo día se envía comunicación a la Compañía aseguradora, Z., SA, dada su condición de interesada, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado.

Cuarto

Por parte del Instructor, y con igual fecha, 30 de mayo, se dirige atento oficio al Sr. Director General de Planificación Financiera y Sistemas de la Información para que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, remita cuantos datos, documentos o informes puedan tener relación con la reclamación presentada por el Sr. F. R., y se le concede a tal efecto un plazo de diez días. Esta misma petición se vuelve a reiterar por el Instructor, el 24 de junio de 2005.

Quinto

Con fecha de 15 de junio de 2005, es emitido el referido informe por parte del Subdirector General de Farmacia y Uso Racional del Medicamento, quien, tras un análisis exacto de lo ocurrido, pone de manifiesto dos hechos relevantes a la hora de determinar la existencia o no de una eventual responsabilidad de la Administración sanitaria, y que por su trascendencia, pasamos a relacionar literalmente. El informante advierte en este sentido cuanto sigue:

“Finalmente, es de señalar que existen otros dos hechos relevantes a la hora de determinar la existencia de responsabilidad e la actuación de la Administración, referentes a la actuación del interesado ahora reclamante: el primero, hace referencia al hecho de que el adjudicatario del concurso fue informado, antes de que procediese a la apertura, de que el Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja había recurrido el procedimiento. En concreto, el día 10 de julio de 1998, se le informó de la interposición del recurso ordinario, y, el día 22 de marzo de 1999, de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Es decir, pese a que D. Ignacio F. R. conocía que la base jurídica del procedimiento concursal, que él mismo había alegado para solicitar la apertura de la farmacia que finalmente le fue adjudicada, era controvertida (la resolución administrativa no era definitiva, por estar recurrida en la vía contenciosa) decidió proceder a su apertura.

El segundo es que el adjudicatario no lo fue en primera instancia: el resultado de la baremación realizada por la Comisión “ad hoc” encuadró a D. Ignacio F. en la octava posición de la lista definitiva de solicitantes. No obstante, y en virtud de un acuerdo privado de exclusividad entre D. Ignacio y la Sociedad mercantil A. SA, plasmado en el contrato que obra en el expediente, las personas que habían quedado por delante del solicitante, tras la baremación efectuada, no pudieron acceder a un local adecuado en el término de “Prado Viejo”, dado que la única ubicación posible era en el citado centro comercial. Toda vez que A. SA respetó el acuerdo suscrito con D. Ignacio F. R., y no proporcionó acceso a sus locales disponibles a ninguno de los adjudicatarios que tenían preferencia en la apertura sobre D. Ignacio F., todos estos adjudicatarios tuvieron que renunciar a un derecho que nunca pudieron materializar, pese a su situación preferente originada por el baremo contemplado por el Decreto 14/1997, de 7 de marzo”.

Sexto

El 15 de julio de 2005, el Instructor del expediente oficia al Sr. Subdirector General de Farmacia y Uso Racional del Medicamento para que le remita copia de la siguiente documentación:

- Informe previo a que se refiere el artículo 23 del Decreto 14/1997, emitido en el procedimiento de apertura de la farmacia de A..
- Solicitud presentada por el Sr. F. R. al citado concurso.
- Resolución del concurso, con el orden de prelación de adjudicatarios.
- Fecha de apertura de la farmacia por el Sr. F. R.; régimen de horario que tenía autorizado, si era con carácter voluntario o no; y fecha de cierre.
- Resolución del recurso ordinario que se interpuso en vía administrativa por el Colegio Oficial de Farmacéuticos.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y del Tribunal Supremo

Todos estos extremos y documentos requeridos son remitidos mediante comunicación interna de fecha de 27 de julio de 2005.

Séptimo

El 12 de septiembre de 2005, y de conformidad con el artículo 11 del Real Decreto 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, se procede a la apertura del trámite de audiencia, y, previa puesta de manifiesto del expediente, se concede a tal fin un plazo de diez días hábiles. Este acto de trámite es notificado al Letrado del reclamante y a la Compañía aseguradora, Z..

Octavo

Únicamente formula alegaciones el Letrado del reclamante, que las presenta con fecha de 3 de octubre de 2005, en las que se reitera en el escrito inicial, y, expresamente también, en el *quantum* indemnizatorio.

Noveno

Con fecha de 27 de octubre de 2005, el Instructor del expediente redacta la propuesta de resolución en el sentido desestimatorio de las pretensiones resarcitorias instadas por el Sr. F., “*porque no existe daño, o porque éste no es antijurídico, o porque no es imputable a la Administración*”. Esta propuesta de resolución es elevada a consulta tanto de los Servicios Jurídicos de la Comunidad como del Consejo Consultivo de La Rioja.

Décimo

El 21 de noviembre de 2005, la Letrada de los Servicios Jurídicos adscrita a la Consejería de Salud, emite un informe favorable a la propuesta desestimatoria redactada por el Instructor; por considerar que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 24 de noviembre de 2005, registrado de entrada en este Consejo el 25 de noviembre de 2004, 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 28 de noviembre de 2005, registrado de salida el mismo día, 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 a la Consejera señalada 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.

1.- Necesidad.

El artículo 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.

Por tanto, es a la legislación vigente en el momento procedimental inmediatamente posterior a la conclusión al trámite de audiencia a la que hay que atender para determinar la preceptividad del dictamen del Alto Órgano Consultivo correspondiente, aunque fuera otra normativa la vigente en fases anteriores del procedimiento.

Pues bien, en el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, los artículos 11, g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, y 12, 2, G del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba nuestro Reglamento orgánico y funcional, determinaban la preceptividad de nuestro dictamen en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración cualquiera que fuera la cuantía de las mismas. Esta normativa ha sido modificada 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, que ha redactado de nuevo el precitado art. 11 g) de nuestra Ley reguladora, limitando la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superior a 600 euros y derogando tácitamente el expresado artículo 12.2.G de nuestro Reglamento. Esta limitación entró en vigor, junto con el resto de sus preceptos, el 7 de septiembre de 2005, al no contener la Ley 4/2005 ninguna determinación especial al respecto, ya que su D.T. Única sólo la establece para los procedimientos sancionador y de elaboración de disposiciones generales, preceptuando que los iniciados antes de su entrada en vigor continuarán rigiéndose por la legislación anterior.

Por consiguiente, este Consejo Consultivo entiende que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración en cuyo procedimiento haya concluido el trámite de audiencia con fecha posterior a 7 de septiembre de 2005 y nos sean remitidas para dictamen, sólo serán de dictamen preceptivo, cualquiera que fuere su fecha de iniciación, si su cuantía es indeterminada o superior a 600 €, considerándose las demás de dictamen facultativo.

Aplicando esta doctrina general al presente caso, nuestro dictamen resulta ser preceptivo ya que la cuantía de la reclamación es superior a 600 €.

2.- Ámbito.

Siguiendo el apartado 2º del artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, este Consejo Consultivo 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, es decir, de concurrir el nexo de causalidad, se ha de examinar, la valoración del daño causado, la cuantía y el 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 la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Partiendo de la base de la legislación vigente en esta materia, constituida, en primer lugar, por el artículo 106.2 de la Constitución Española y, en el plano legislativo ordinario, por la regulación contenida en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el pertinente desarrollo reglamentario en materia procedimental, a través del R.D. 429/1993 de 26 de marzo, los requisitos necesarios para que se reconozca la responsabilidad patrimonial, tal y como este Consejo viene recogiendo en sus dictámenes (cfr. Dictamen 23/98, F.J.2), pueden sintetizarse así:

1.- Efectiva realidad de un daño evaluable e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

2.- Que la lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público, sin intervención del propio perjudicado o de un tercero que pueda influir en el nexo causal.

3.- Que el daño no se haya producido por fuerza mayor.

4.- 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.

Por último, y salvando nuestra condición de órgano consultivo externo, también entraremos a valorar otras cuestiones jurídicas que muestra el presente expediente, relacionadas indirectamente con los presupuestos constitucionales y legales para la exigibilidad eventual de responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones Públicas.

Tercero

La responsabilidad de la Administración autonómica en el caso sometido a nuestro dictamen: la anulación en vía judicial de un acto administrativo no presupone el derecho a la indemnización

Dispone el artículo 142.4º LRJ-PAC lo siguiente, “*La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5*”.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización, según establece el invocado artículo 142.4 de la LRJ-PAC, sino que para ello es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 del propio artículo (artículo 139 LRJ-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. O, dicho en otros términos, lo que el artículo 142 LRJ-PAC establece es que la anulación del acto “*no presupone*” el derecho a la indemnización o que ésta no se da por supuesto por la sola anulación de un acto administrativo, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo *presupuesto*, sea o no *supuesto* del que se sigan los efectos indemnizatorios, dependiendo ello de que concurran o no los requisitos legales a que se ha hecho referencia (Cfr. Sentencias de la Sala 3ª del TS de 12 de julio y 9 de noviembre de 2001, entre otras muchas).

Ha de resaltarse que el principio de responsabilidad patrimonial proclamado en el artículo 106 CE, en cuanto establece que *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*, conlleva un derecho de los llamados de configuración legal. Es decir, que no se trata de un derecho que derive directamente de la Constitución, sino que exige la interposición de una ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figure en la ley ordinaria que lo regule, porque, tras la primera coma del párrafo transcrito, se reconoce el derecho *en los términos establecidos por la ley*, y, en lo tocante a la anulación de actos administrativos ora sea en vía administrativa, ora lo sea, en vía judicial contencioso-administrativa, ha quedado configurado con los presupuestos legales marcados en el artículo 142.4 LRJ-PAC.

El precepto que acabamos de transcribir sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 139 de la Ley citada, a saber, - y reiteramos-, 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 ello, no cabe interpretar el precepto que nos ocupa con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera 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.

De lo hasta el momento expuesto ha de concluirse el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la anulación de resoluciones administrativas tanto en vía jurisdiccional como en vía administrativa, siempre y cuando concurren los requisitos para ello, ya que el artículo 142.4 LRJ-PAC, como vimos, no establece un principio de exoneración de la responsabilidad de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino que afirma la posibilidad de que tal anulación sea supuesto inicial u originador para que tal responsabilidad pueda nacer siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, requisitos cuya concurrencia, si se quiere, ha de ser examinada **con mayor rigor** en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del

funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto, siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, no concurriendo en el particular el deber jurídico de soportar el daño, ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión.

Avanzando en esta línea argumental, en principio, parece claro que hemos de analizar en el caso que se dictamina, si los daños y perjuicios que dice haber sufrido el reclamante, son reales y efectivos, pues, en caso contrario, sin más y sin necesidad de entrar en el estudio de los demás presupuestos legales, decaería la acción resarcitoria.

Para que exista daño o lesión, en su caracterización de *real y efectivo*, es necesario que se produzca una afección antijurídica sobre bienes, derechos o facultades que efectivamente se hallen incorporados a la esfera personal o patrimonial del reclamante. En este sentido, hemos de precisar que el Sr. F. no ha sufrido ninguna lesión o perjuicio ni sobre su esfera personal ni la patrimonial, pues ha de notarse que la anulación en vía judicial del acuerdo de iniciación del procedimiento para la concesión de una licencia de farmacia, y posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo, no ha supuesto una efectiva lesión antijurídica, dicho en otros términos, las consecuencias jurídicas de la anulación judicial han de ser, sin más, soportadas por el propio beneficiario de un acto favorable, el que supuso la concesión en sede administrativa de una licencia para la apertura de una oficina de farmacia.

En efecto, el deber jurídico de soportar las consecuencias de dicha anulación judicial recae sobre el Sr. F., pues, a sabiendas de que la Resolución de iniciación del expediente, - de abril de 1998-, había sido recurrida ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, decidió proceder a la apertura de la oficina de farmacia, una vez obtenida su concesión, el 19 de abril de 2000, hasta su clausura definitiva, el 3 de enero de 2005.

Es menester destacar el pasaje del informe técnico emitido por el Sr. Subdirector General de Farmacia y Uso Racional del Medicamento:

*“Finalmente, es de señalar que existen otros dos hechos relevantes a la hora de determinar la existencia de responsabilidad e la actuación de la Administración, referentes a la actuación del interesado ahora reclamante: el **primero**, hace referencia al hecho de que **el adjudicatario del concurso fue informado**, antes de que procediese a la apertura, de que el Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja había recurrido el procedimiento. En concreto, el día 10 de julio de 1998 se le informó de la interposición del recurso ordinario y el día 22 de marzo de 1999 de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Es decir, pese a que D. Ignacio F. R. conocía que la base jurídica del procedimiento concursal, que él mismo había alegado para solicitar la apertura de la farmacia que finalmente le fue adjudicada, era controvertida (la resolución*

administrativa no era definitiva, por estar recurrida en la vía contenciosa) decidió proceder a su apertura.

*El **segundo** es que el adjudicatario no lo fue en primera instancia: el resultado de la baremación realizada por la comisión ad hoc encuadró a D. Ignacio F. en la octava posición de la lista definitiva de solicitantes. No obstante, y en virtud de un acuerdo privado de exclusividad entre D. Ignacio y la sociedad mercantil A. SA, plasmado en el contrato que obra en el expediente, las personas que habían quedado por delante del solicitantes tras la baremación efectuada, no pudieron acceder a un local adecuado en el término de “Prado Viejo”, dado que la única ubicación posible era en el citado centro comercial. Toda vez que A. SA respetó el acuerdo suscrito con D. Ignacio F. R., y no proporcionó acceso a sus locales disponibles a ninguno de los adjudicatarios que tenían preferencia en la apertura sobre D. Ignacio F., todos estos adjudicatarios tuvieron que renunciar a un derecho que nunca pudieron materializar, pese a su situación preferente originada por el baremo contemplado por el Decreto 14/1997, de 7 de marzo”.*

El conocimiento de la existencia de la contienda y su decisión particular de poner en marcha la oficina de farmacia, así como el hecho de mantener un pacto de exclusividad con el Centro Comercial P. R. para obtener una lonja en régimen de alquiler y poder instalar aquélla eximen a la Administración riojana de los hipotéticos daños que el Sr. F. dice haber sufrido, cuya cuantificación no es otra que el coste de los traslados de la oficina de farmacia-, y, por ende, implican que el Sr. F. asuma, tanto los efectos beneficiosos del acto administrativo, -la concesión de la licencia-, como los eventuales efectos negativos derivados de su anulación en sede judicial, por la Sentencia del TSJ de La Rioja, confirmada posteriormente en casación por el TS.

Es más, la declaración de nulidad del Acuerdo de iniciación del procedimiento, decretada por la Sentencia del TSJ de La Rioja, está fundada en la interpretación de un concepto jurídico indeterminado cual es, el concepto de “**núcleo de población**” empleado en la normativa autonómica, en concreto en el Decreto 14/1997, de 7 de marzo, regulador del procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de farmacia.

La correcta interpretación del “halo conceptual” excluye la responsabilidad de la Administración frente a una declaración judicial posterior, en virtud de la cual, se concede una interpretación distinta a aquel, como ocurre en el supuesto que se informa. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1987 declaró que la Administración no incurre en responsabilidad cuando el acto adolece de un vicio de nulidad simple, como lo es, en la interpretación de un concepto jurídico indeterminado.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja de 6 de octubre de 2000 que declaró la nulidad del acuerdo de iniciación del expediente para la adjudicación de una licencia de farmacia, se basa en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados empleados por la norma autonómica, tales como, “**núcleo de población**” o “**concentración temporal**”, que incluso la propia Sentencia en su

Fundamento Jurídico Sexto, los tacha como difuso e impreciso concepto de “concentración temporal”.

Es más, la Sentencia dictada en casación por el TS, por la cual se confirma la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja, reitera esta idea, “*lo único que se está resolviendo la Sentencia de instancia es el alcance de la interpretación atribuible al concepto indeterminado de << concentración temporal >> utilizado por el Decreto autonómico*”, y prosigue en otro de sus pasajes diciendo: “*interpretación que ha efectuado el Tribunal de La Rioja del concepto jurídico indeterminado <<concertación temporal >>*”.

Por ello, no puede inferirse de dicha anulación jurisdiccional una consecuencia indemnizatoria sobre la Administración, pues se trata de un vicio de “nulidad simple”, de interpretación incorrecta de dicha expresión “concentración temporal”, que de por sí, no genera responsabilidad de la Administración Regional.

Por otro lado, son varias las decisiones judiciales que han tratado el tema que ahora nos ocupa, en concreto, si el Farmacéutico beneficiario de una licencia de farmacia concedida tiene derecho a ser indemnizado cuando, posteriormente, el acto administrativo de concesión es anulado, ora sea en vía administrativa, ora lo sea en sede jurisdiccional contenciosa-administrativa. Todas las Sentencias existentes –entre otras, cfr. S. TSJ de Extremadura de 5 de noviembre de 2002 y S. TSJ de Madrid de 16 de junio de 2002, ambas con cita expresa de un Dictamen del Consejo de Estado 20 de octubre de 1998 y de una Sentencia de la Sala 3ª del TS de 13 de octubre de 1999-, han venido a desestimar las acciones resarcitorias ejercitadas de contrario, por entender que no existe una lesión antijurídica y que, en todo caso, es el propio sujeto favorecido por el acto autorizatorio posteriormente anulado el que ha de pechar con las consecuencias de su anulación, pues ello constituye un “*deber jurídico de soportarlo*”.

En concreto, el F.J. Cuarto de la Sentencia del TSJ de Extremadura de 5 de noviembre de 2002, literalmente expresa cuanto sigue:

“El artículo 142 de la RJAP y PAC dispone en su número 4 que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5 (se refiere a supuestos concretos de cómputo del plazo anual)”. En este sentido, el Tribunal Supremo, tiene declarado en STS de 16 de septiembre de 1999 (Ar. 1999, 7746), que “el precepto (hoy art. 142.5 de la Ley 30/92) sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del art. 40 (hoy art. 139). Es decir, que no presupone el derecho a la indemnización, pero sí puede ser supuesto de tal indemnización en

*aquellos casos en que tal 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, al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es, en el actuar de la Administración. A este respecto, el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de fecha de 10 de marzo de 1998 (Ar. 1998/2661), distingue entre: a) Los supuestos en los que el acto inválido productor del daño deriva del ejercicio de potestades regladas en las que, mediante la aplicación de datos objetivos, hubiera debido declararse un derecho preexistente. b) Aquellas otras situaciones en las que el acto posteriormente anulado dimana del ejercicio de **potestades discrecionales** en las que, en la aplicación de la norma al caso, la Administración debe atender a la integración de elementos subjetivos o conceptos jurídicos indeterminados. En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar esta rechazada por el artículo 9.3 de la CE. En estos supuestos, parece que no existiría duda de que, siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación, no sólo razonados, sino razonables, cabe concluir la **inexistencia de lesión antijurídica**, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio, siempre y cuando, claro está, que éste se llevase a cabo en los términos antedichos. En tales supuestos, existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo”.*

En conclusión, no podemos afirmar que, en el presente caso, la Administración haya de responder de las consecuencias jurídicas derivadas de la anulación jurisdiccional de la Resolución del Director General de Salud y Consumo de 6 de abril de 1998, iniciador del procedimiento de apertura de una oficina de farmacia en Logroño, en la zona farmacéutica P. V., confirmadas en casación por el Tribunal Supremo, sino que es el propio interesado el que tiene el deber jurídico de soportarlas.

Cuarto

Un breve apunte procedimental

En lo tocante a la forma de la tramitación del expediente administrativo elevado a conocimiento de este Consejo Consultivo, hemos de precisar que nos hallamos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte, el reclamante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 LRJPAC, y, en particular, en el artículo 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Con ello queremos advertir, que, cuando el procedimiento se pone en marcha en virtud de una reclamación o a instancia del interesado, no es necesario que la Administración dicte un acto acordando el inicio del procedimiento, como se ha hecho en el presente caso.

La mera instancia del reclamante, registrada de entrada en las oficinas administrativas, provoca ya la iniciación del expediente, sin precisar un acto administrativo posterior interlocutorio, a salvo la comunicación del artículo 42.4º LRJPAC.

CONCLUSIONES

Única

No concurren los presupuestos legales necesarios para que los eventuales daños alegados por el Sr. F. R., derivados de la anulación judicial de un acto administrativo, sean imputables a la Administración sanitaria riojana. Por lo cual, se estima ajustada a Derecho la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación interpuesta.

Este es nuestro dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha expresados en el encabezamiento.