

En Logroño, a 21 de abril de 2008, 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<sup>a</sup> Cid Monreal y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**46/08**

Correspondiente a la consulta trasladada por la Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, en relación con el *procedimiento de revisión de acto nulo en materia de adjudicación de farmacia, a instancia de D<sup>a</sup> A. I. S. L. H.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

En el Boletín Oficial de La Rioja de 10 de marzo de 1998 se publicó "*Anuncio de solicitud de apertura de farmacia por régimen general en Tirgo (la Rioja)*", al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.1 y 4.2 del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, conforme al cual se abre un plazo de quince días para admitir nuevas solicitudes; todo ello de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 2.1 de la orden de 21 de noviembre de 1979. (aportado en la pág. 25 del expediente administrativo).

En la tramitación del Procedimiento, se dictó la Resolución 7/1999, que publica la lista de aspirantes con la prelación establecida, en que la solicitante queda con el número 16 (pág. 3 del expediente).

#### **Segundo**

D<sup>a</sup> A. I. S. L. H., mediante escrito datado el 4 de julio de 2007, con entrada en la Oficina General de Registro del mismo día, insta procedimiento para la revisión de acto nulo, al amparo del artículo 102 de la Ley 30/1992. Solicita, al amparo de los artículos 62 y 63 de

la citada Ley, que se tenga por presentado dicho escrito con sus copias y, tras admitirse, previos los trámites legales oportunos, se *"declare la nulidad o anulabilidad de este expediente, procediendo a su caducidad completa y archivo definitivo"*. Subsidiariamente a lo anterior, solicita que *"se declare caducado y nulo el derecho de D<sup>a</sup> Y. A. en este expediente y de cuantos otros restantes solicitantes queden pendientes en la Resolución 7/1999 posteriores a dicha señora que realmente no cumplieran en su día o no cumplan en la actualidad con todo lo denunciado en este escrito, debiendo en su caso renunciar a su derecho en caso contrario"*; e *"igualmente... como medida provisional, mientras se tramita y decide dicha solicitud, la paralización inmediata del expediente de referencia en el estado en que se encuentre con respecto a la adjudicación de la Sra. A."*

Tras el relato fáctico de los hechos y de las apreciaciones sobre el carácter fraudulento de la ruedas de aspirantes creadas entre los Farmacéuticos participantes en los expedientes de apertura de nuevas Farmacias, "sin ningún tipo de intención real de abrirlas" y "para retrasar el procedimiento", la reclamante, aduce que D<sup>a</sup> Y. A., n<sup>o</sup> 13 en la misma, al aceptar la apertura de dicha Farmacia, llegado su turno, habiendo iniciado los trámites de adecuación de un local y no renunciando a dicha apertura *"incurre en un comportamiento desleal y falta de todo tipo de ética en esta profesión"*, que *"pretende privarle de parte su fondo de comercio"*. Y ello, porque, D<sup>a</sup> Y. A., en fecha 13 de marzo de 2002, cuando la rueda estaba todavía en el n<sup>o</sup> 3 de la lista, le vendió a ella y a otra compañera la Farmacia de Cuzcurrita, con sus cinco botiquines- uno de los cuales era entonces el de Tirgo- *"haciéndonos ver la poca o nula importancia de la existencia de la rueda de Tirgo"*. Ahora, al aceptar la apertura de la Farmacia de esta localidad, alega, *"pretende privarme de parte de mi fondo de comercio que, curiosamente me había vendido en escritura pública hace cinco años y por el que cobró un buen dinero"*(págs. 1 a 8 del expediente administrativo).

### **Tercero**

El Secretario General Técnico, con fecha 14 de septiembre de 2007, emite informe del recurso de D<sup>a</sup> A. I. S. L. H. (págs. 9 a 13), como consecuencia del cual, con fecha 31 de octubre de 2007- salida de la Oficina Auxiliar del Registro de 2 de noviembre- se envía escrito del Jefe del Servicio de Asesoramiento y normativa al representante de la interesada para mejora de solicitud, *"con la finalidad de considerar con la mayor precisión las cuestiones de fondo del asunto"* y otorgándole para ello un plazo de 15 días, conforme a lo dispuesto en los artículos 71 y 49 de la Ley 30/1992 (págs. 14 a 16).

Dicho requerimiento es atendido mediante escrito de 7 de noviembre del mismo año, en el que no se aporta nada nuevo en lo relativo al ejercicio de su acción de nulidad, en lo atinente al relato fáctico, ni tampoco en la fundamentación jurídica, ratificándose en lo inicialmente expuesto (pág 17 a 20).

#### **Cuarto**

El 13 de noviembre de 2007, la Directora General de Aseguramiento, Acreditación y prestaciones, dicta Resolución de apertura del expediente con objeto de declarar, si procede, la nulidad del expediente administrativo mencionado, al tiempo que se asigna la instrucción de dicho expediente al Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Secretaría General Técnica, conforme a las normas del procedimiento administrativo común ( págs 21 a 24).

Esta Resolución se notifica a la afectada, Sra. A., con acuse de recibo de 15 de noviembre de 2007 (págs 26, 27 y 27 vto.).

#### **Quinto**

En fecha 13 de noviembre de 2007, antes de que la Resolución anterior llegara a cursarse a la peticionaria -se le notifica el 19 de noviembre de 2007, acuse de recibo del siguiente día 21 (págs. 29 a 31)-, ésta presenta escrito solicitando la estimación de su pretensión por silencio administrativo, conforme a lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la LRJPAC (pág. 28).

Por el Jefe del Servicio de Asesoramiento y Normativa, con fecha de 19 de noviembre de 2007 - acuse de recibo del 21 del mismo mes y año-, se responde a dicho escrito: "En consecuencia, no puede accederse a su petición de reconocer el silencio administrativo positivo" (págs. 29 a 31).

La peticionaria, con fecha 28 de noviembre de 2007, solicita aclaración de este último escrito (pág 32), que es efectuada el 3 de diciembre de 2007- acuse de recibo del 15 de diciembre de 2007- (págs. 35 a 37).

#### **Sexto**

El 3 de diciembre de 2007 se dicta acuerdo de apertura del periodo de prueba, ampliando el periodo de prueba ordinario *"en quince días más. que se añadirán al periodo ordinario"* y se notifica a las partes (folios 33 a 38).

Propuesta la prueba por la reclamante el 21 de diciembre de 2007, el Instructor del procedimiento dicta acuerdo de 10 de enero de 2008, por el que se admiten unas pruebas y se deniegan otras. Frente a dicho acuerdo, el 16 de enero de 2008 se interpone recurso de alzada solicitando la admisión de *"todos los medios de prueba pedidos y arbitrando los medios para su práctica, con todo lo demás que legalmente proceda"* (folios 38 a 51).

### **Séptimo**

Con fecha 4 de febrero de 2008, por el Instructor del procedimiento se da trámite de audiencia a los interesados (págs. 52 a 56). En escrito del siguiente día 19 de febrero, D<sup>a</sup> A. I. S. L. H. se "ratifica íntegramente en el contenido de su petición inicial de nulidad, al tiempo que manifiesta sentirse indefensa por la denegación de alguna de las pruebas propuestas y adjunta escrito de declaración del Farmacéutico D. L. M. A. C. (págs. 57).

### **Octavo**

El 22 de febrero de 2008, el Jefe del Servicio de Asesoramiento y Normativa formula propuesta de resolución, en el sentido de que "*no procede la revisión de oficio interesada por D<sup>a</sup> I. S. L.H.*" (págs 60 a 65) y se da traslado del expediente a los Servicios Jurídicos para que emitan el preceptivo informe, que se evacúa el 11 de marzo de 2008, también en sentido desestimatorio de la pretensión formulada por la reclamante (págs 66 a 76).

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito de 17 de marzo de 2008, registrado de entrada en este Consejo el día 27 de marzo de 2008, 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 27 de marzo de 2008, registrado de salida el día 28 de marzo de 2008, 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 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. 102 de la Ley 30/1992 establece la posible revisión de disposiciones y actos nulos por las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo dictamen favorable del Consejo de estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -f) 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, concordante con el artículo 12.2.f) de su Reglamento Orgánico y funcional, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, dispone que el Consejo Consultivo de la Rioja emitirá dictamen, preceptivamente, en los asuntos relativos a la "Revisión de oficio de los actos administrativos, en los casos y con los efectos previstos en la legislación vigente."

Por lo demás, nuestro Dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 102.1, constituye un requisito procedimental habilitante previo de la ulterior decisión revisora de la Administración, que solo puede declarar la nulidad del acto si es favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada, convirtiéndose, en caso contrario, en obstativo de la revisión (entre otros, D. 65/04, F.J 1).

En cuanto al contenido del Dictamen, necesariamente debe versar sobre el cumplimiento de los requisitos y garantías del procedimiento especial de revisión de actos nulos y los motivos de nulidad contemplados en el artículo 102, en relación con el artículo 62 de la Ley 30/1992, en el supuesto sometido a examen por este Consejo.

### **Segundo**

#### **Órgano competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.**

Para resolver el presente procedimiento de revisión de oficio es competente el titular de la Consejería, Consejero de Salud, al venirle atribuida la competencia por el artículo 48.1.b) de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja

### **Tercero.**

#### **Sobre el cumplimiento de los requisitos y garantías del procedimiento especial de revisión**

De los hechos y antecedentes que obran en el expediente administrativo, se desprende que, en la fase de instrucción del mismo, se procedió a dar traslado de la solicitud formulada por la Sra. S. a la Sra. A., persona interesada en la resolución del mismo; se procedió a abrir un periodo de prueba por plazo de treinta días, ampliado de oficio a quince días más, por la proximidad de fechas festivas y para no perjudicar a terceros; se admitió parte de la prueba propuesta por la solicitante; se confirió a las partes trámite de audiencia y vista del expediente, al efecto de que formularan las alegaciones y presentaran los justificantes oportunos; y, finalmente, se dictó Propuesta de resolución por el órgano encargado de la instrucción, respondiendo a todas las cuestiones planteadas en el expediente, en los términos que constan en la misma concluyendo que:

*"No procede la revisión de oficio interesada por A. I. S. L. H.. La petición debe ser considerada extemporánea, ya que, después de cinco, años la revisión pretendida atentaría contra el principio de seguridad jurídica. En todo caso, no concurre causa de nulidad en ninguna de las resoluciones objeto de revisión, las alegaciones vertidas por la solicitante no permiten apreciar la invocada infracción de los preceptos legales en que se ampara".*

Pues bien, el procedimiento especial de revisión de los actos nulos declarativos de derechos se encuentra regulado en el artículo 102 de la Ley 30/1 992, y los actos objeto de revisión son los supuestos previstos en el artº 62.1". Y, en este caso, son nulos "los actos de las Administraciones Públicas", en él enumerados, siempre que hubieran puesto fin a la vía administrativa.

#### **1. Sobre la delimitación del acto impugnado.**

En el caso sometido a examen por este Consejo, tal y como se señala en el Fundamento de Derecho Segundo de la Propuesta de resolución, es necesario precisar el acto o actos administrativos objeto de revisión por la propia indefinición de la solicitante en los términos que plantea la revisión. No puede ser objeto de revisión, como se señala por la solicitante, la nulidad del expediente, por cuanto el mismo no es sino, como señala el Informe de los Servicios Jurídicos, *"un cuerpo de escritos que reflejan o representan el desenvolvimiento de las diversas actividades que tienen lugar a lo largo del procedimiento administrativo "*; *tampoco cabe entender que se refiera al procedimiento administrativo en sí, por cuanto el procedimiento no es otra cosa que el "cauce formal de una serie de actos para la producción de un fin".*

El procedimiento administrativo es un complejo de actos del administrado y de la Administración de diverso valor todos ellos, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final. En particular, el procedimiento de apertura de oficina de farmacia es un procedimiento de los denominados "complejos" que pone en marcha un procedimiento de concurrencia competitiva, que no puede calificarse como mero acto de trámite, ya que predetermina el contenido de los actos posteriores (STSJ de La Rioja de 4 de julio de 2007). Se trata de un acto que responde a reglas propias de validez y tienen su propia causa y funcionalidad específica.

El Real Decreto 909/1978, de 14 de abril (BOE de 4 de mayo de 1978), aplicable al presente procedimiento de apertura de Oficina de Farmacia de Tirgo, señalaba la posibilidad de iniciar el procedimiento de apertura por Farmacéutico particular y, posteriormente se abría un plazo común para que cualquier otro interesado pudiera presentar solicitud a la ya formulada, acumulándose todas en un mismo expediente. Por tanto, el acto de inicio de apertura de Oficina de Farmacia de Tirgo sería susceptible de recurso de revisión. Este acto, ya firme y consentido, dio paso a la Resolución de adjudicación 7/1999, citada por la Sra. Sanz en su escrito de reclamación, en la que se determinaba la relación definitiva de los solicitantes-concursantes condicionando la misma al cumplimiento del establecimiento y apertura de local de Oficina de Farmacia. Dicha Resolución no consta que haya sido recurrida por la Sra. S.

Respecto a la Resolución de adjudicación, la reclamante señala expresamente la nulidad de la adjudicación efectuada a la Sra. A. (nº 13 en el orden de adjudicación) y la extiende a todos aquellos solicitantes que no hubieran perdido su derecho a la adjudicación o renunciado al mismo. El acto administrativo definitivo de adjudicación se ha producido con la Sra. A., por lo que difícilmente puede extenderse la revisión a aquellos actos que aún no existen (como sería la adjudicación a otros concursantes en el supuesto de que la señora A. no materializara la apertura de local).

Esta delimitación conduce a considerar que, en el presente procedimiento, no existen más interesados que aquellos a los que se ha dado audiencia y vista en el expediente, esto es, la solicitante de revisión y la adjudicataria actual de la Oficina de Farmacia de Tirgo, Sra. A., por cuanto el resto de adjudicatarios anteriores en la lista renunciaron a su derecho o se lo dejaron caducar, como expresamente reconoce la reclamante en su escrito inicial.

## **2. Límites de la revisión de oficio.**

El ejercicio de la potestad de revisión de oficio está sujeto a límites, uno de ellos es el plazo para ejercitar la acción de nulidad. A este respecto, debe señalarse que la nulidad de los actos administrativos podrá declararse en "cualquier momento". La acción de nulidad no está sujeta a plazo alguno. No obstante lo anterior, el artículo 106, bajo el título "límites de la revisión" limita las facultades de revisión *"cuando por prescripción de acciones, por el*

*tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes ".*

En este sentido, señala reiterada jurisprudencia que *"la acción de nulidad debe necesariamente encontrarse con el límite que, como excepción a la procedencia de toda acción de revisión, establece, por obvias razones de seguridad jurídica, el artículo 112 de LPA, cuando, dispone que las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando, por la prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido, u otras circunstancias, su ejercicio resultare contrario a la equidad, al derecho de los particulares y a las leyes"* (STS 27-4.1994). El principio de seguridad jurídica (art: 9.3 de la Constitución) es un principio fundamental del ordenamiento jurídico que se impone a todos los poderes públicos y que, al entrar en conexión con otros derechos fundamentales, puede producir una vulneración de derechos susceptibles de amparo.

La Sra S., según ella misma reconoce en el escrito inicial, adquirió la Farmacia de Cuzcurrita el 13 de marzo de 2002, fecha en la que, siempre según sus propias afirmaciones, la Sra A. les hizo ver a ella y a su compañera, también adquirente *"la poca o nula importancia de la existencia de la rueda de Tirgo"* (lista de aspirantes). Por tanto, era conocedora de la *"rueda de Tirgo "* que califica como fraudulenta y, sin embargo, transcurren más de cinco años hasta que, en el escrito, denuncia el supuesto fraude producido en ella y solicita la nulidad de la adjudicación por actitud desleal de la Sra A., lo que conduce, en la propuesta de resolución a considerar la petición como extemporánea.

### **3. La práctica de la prueba.**

Alega la reclamante en el trámite de audiencia sentirse indefensa por la denegación de alguna de las pruebas propuestas y la desestimación del recurso de alzada interpuesto frente a ella.

La práctica de la prueba constituye un acto de trámite recurrible conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 30/1992, *"cuando decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto , determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"*. No existe un derecho incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por el interesado, sino aquellas relevantes y pertinentes. Y en este caso, las pruebas denegadas en nada contribuyen a resolver la nulidad del acto administrativo, por cuanto versan sobre la relación de personas incluidas en la lista de aspirantes, o las razones por las que, hasta llegar a la adjudicataria, los posibles beneficiarios fueron renunciando a ocupar la titularidad de la Farmacia cuando les

fue correspondiendo, y nada tienen que ver con las interesadas en el proceso. El Instructor motivó la denegación de las pruebas porque tales medios probatorios no guardan relación directa con el objeto del procedimiento, cual es declarar la nulidad de la adjudicación de la Farmacia de Tirgo a la Sra. A.

En definitiva, la declaración de nulidad de un acto administrativo no depende de la disposición subjetiva con que determinadas personas hayan participado de los beneficios que tal acto reporta, porque ello les otorgaría el dominio absoluto sobre la actuación administrativa y, en conclusión, las declaraciones de testigos y las pruebas deben basarse en hechos conocidos, pero no en disposiciones de ánimo de terceras personas.

#### **4. La suspensión del procedimiento de revisión de oficio.**

La suspensión del Procedimiento de revisión de oficio se regula de forma genérica en el artículo 104 de la Ley 30/1992, si bien únicamente podrá acordarse cuando *"pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación"*. La solicitante de revisión enuncia como justificación de la suspensión solicitada respecto a la adjudicación de Oficina de Farmacia a la Sra. A., que *"de seguir la misma ..., se me producirían unos evidentes daños y perjuicios"*

Es preciso señalar que la suspensión (tanto en sede administrativa como en sede judicial) de los actos es una excepción a lo establecido en los artículos 56 y 57.1 de la Ley 30/1992. El interesado, tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica; y, en cualquier caso, justificar que la no adopción de la medida cautelar pueda producir una situación que haga ineficaz el procedimiento de revisión iniciado (*"periculum in mora"*).

Estos requisitos mínimos para adoptar la medida cautelar solicitada no concurren en el presente caso, no sólo porque no se justifica ninguno de ellos, sino porque la propia solicitante reconoce el riesgo asumido al comprar la Oficina de Farmacia de Cuzcurrita y sus cinco botiquines rurales *"cuando la rueda estaba todavía en el n.º 3 de la lista, Sr. P."*, la lista de aspirantes y la prelación establecida ya era conocida. La invocada conveniencia profesional y económica de la solicitante no es justificación para adoptar medidas excepcionales por la Administración, máxime cuando el acto objeto de revisión es conforme a Derecho, los perjuicios invocados por la solicitante, no son diferentes a los que, en su caso, hubiera podido tener cuando adquirió la Farmacia en el año 2002, cuando los actos ahora impugnados ya existían.

## **5. El silencio administrativo: El plazo para resolver el procedimiento de revisión de oficio. Caducidad del procedimiento.**

Desde que D<sup>a</sup> Ana Isabel S. presenta su escrito, registrado el 4 de julio de 2007, en el que solicita la anulación del acto administrativo, hasta que la Administración acuerda la iniciación del procedimiento de revisión de oficio, el 13 de noviembre de 2007, han transcurrido algo más de cuatro meses y, desde ese momento hasta que se solicita nuestro dictamen, mediante escrito de 17 de marzo de 2008, que tiene entrada en nuestro Registro el 28 de marzo de 2008, transcurren otros cuatro meses y cuatro días más, sumando un total de más de ocho meses, entre uno y otro momento.

A la vista de estos llamativos datos, cuando el plazo legal para resolver sobre la admisión de la acción de nulidad y para resolver y notificar el procedimiento de revisión de oficio es de tres meses, y puesto que la reclamante solicitó con fecha 13 de noviembre de 2007 que se le "reconozca el silencio administrativo producido", es necesario analizar la duración del procedimiento y la posible caducidad del mismo.

La revisión de oficio es una prerrogativa o potestad de la Administración por la que ésta puede dejar sin efecto actos suyos anteriores que incurran en vicios de nulidad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 102 Ley 30/1992. Dicho precepto admite que la revisión pueda llevarse a cabo "*por iniciativa propia*" de la Administración (la revisión de oficio en sentido estricto) o "*a solicitud de interesado*" (la conocida como "acción de nulidad").

Con independencia ahora de que ambas modalidades pueden ejercitarse "en cualquier momento", con la salvedad de los límites temporales y sustantivos derivados del art. 106 Ley 30/1992, el modo concreto de iniciación tiene relevancia, pues de acuerdo con el art. 102.5 Ley 30/1992: "Cuando el procedimiento se hubiera iniciado *de oficio*, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la *caducidad* del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a *solicitud de interesado*, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo".

En el presente caso, el procedimiento de revisión se inició a solicitud de D<sup>a</sup> A. I. S. La naturaleza del escrito presentado el 4 de julio de 2007 no es otra que el ejercicio de la "acción de nulidad". En modo alguno tiene la consideración de "reclamación" o "recurso", denominación que aparece empleada en el expediente y en las páginas precedentes, pues es evidente que, si lo planteado hubiera sido un recurso administrativo, el acto cuya nulidad se solicita, era firme e irrecurrible por esa vía.

La iniciación del procedimiento de revisión de oficio "a solicitud de interesado" debe ser objeto, no obstante, de adecuado entendimiento, atendiendo al contenido y naturaleza de la "acción de nulidad"; entendimiento necesario para interpretar correctamente lo establecido en el art. 102.5 Ley 30/1992, anteriormente transcrito. En este sentido, debemos afirmar que la revisión de actos siempre lo es "de oficio", o dicho de otro modo, siempre tiene que haber una "admisión a trámite" o de "iniciación", en los casos de ejercicio de la acción de nulidad, como se deduce del art. 102.3 Ley 30/1992.

En efecto, la "acción de nulidad" es, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, de naturaleza procedimental: es un "derecho al procedimiento", esto es, derecho a que la Administración inicie e instruya el correspondiente procedimiento y a que lo concluya, con independencia de si la resolución que adopte finalmente es estimatoria o no de la pretensión inicial del interesado. Para la Administración, constituye una obligación legal, matizada ahora por el tenor literal del art. 102.3 Ley 30/1992, en cuanto que permite "inadmitir a trámite", motivadamente, sin necesidad de solicitar dictamen del órgano consultivo, cuando la solicitud no se funde en causa de nulidad del art. 62, carezca manifiestamente de fundamento, o se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Atendida esa naturaleza estrictamente procedimental, los jueces y tribunales contencioso-administrativos condenan a la Administración a iniciar y tramitar el correspondiente procedimiento de revisión cuando la Administración no ha satisfecho la pretensión derivada de la acción de nulidad, condena que, sin embargo, no prejuzga la decisión de fondo que en su día debe dictar ésta.

En los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud de interesado, se articulan, en consecuencia, dos instituciones diferentes, que se suceden interrelacionadas, pero con un régimen jurídico diferenciado, como veremos.

En primer lugar, la *acción de nulidad*, cuya satisfacción se produce en el momento en que la Administración decide formalmente "*admitir a trámite*" la solicitud, o si se quiere, resuelve "*iniciar*" el procedimiento de revisión que concluirá con la resolución final, con independencia del sentido, favorable o no, de la misma. Esta admisión es obligada para la Administración si concurren causas de nulidad que vician el acto.

En segundo lugar, la referida *decisión de la Administración de "admisión a trámite" o de "iniciación" del procedimiento*, intervención de la Administración que justifica nuestra anterior afirmación de que la revisión de actos siempre es "de oficio".

No es ésta una distinción teórica o académica, pues, como ha quedado señalado, sobre ella gira el contenido del art. 102.5 Ley 30/1992 que establece consecuencias diferentes de régimen jurídico para uno u otro caso, cuando la Administración no resuelva en el plazo de tres meses.

A la vista de estas consideraciones, procede examinar cuál ha sido el tratamiento que han recibido, en el presente caso, estas dos instituciones diferentes y que consecuencias jurídicas se siguen de ello.

D<sup>a</sup> A. I. S., mediante escrito registrado el 4 de julio de 2007, solicitó a la Consejería la anulación del acto administrativo, esto es, la iniciación del procedimiento de revisión de oficio. Esta solicitud es, como hemos señalado, una "acción de nulidad" cuya pretensión queda satisfecha con la iniciación y tramitación del correspondiente procedimiento. Si la admisión a trámite o -si se prefiere- la iniciación del procedimiento no se resuelve en el plazo de tres meses, la solicitud se entiende desestimada por silencio administrativo, por aplicación del art. 102.5 Ley 30/1992.

Es necesario determinar, en consecuencia, el plazo en el que la Administración debió haberse pronunciado sobre la admisión a trámite de la acción de nulidad o de iniciación del procedimiento. El *dies a quo* del computo del plazo es el 4 de julio de 2007, fecha en la que la solicitud tuvo entrada en el registro del órgano competente para su tramitación (en el Registro General), por aplicación del art. 42.3.,b) Ley 30/1992. Y, en consecuencia, de acuerdo con el art. 102.5 Ley 30/1992. transcrito, el 4 de octubre de 2007 (una vez transcurridos tres meses), al no haber adoptado la Administración resolución alguna de admisión a trámite o de iniciación del procedimiento, quedó desestimada por silencio administrativo la solicitud de nulidad presentada, la acción de nulidad.

En dicha fecha, producida la desestimación por silencio de su solicitud, D<sup>a</sup> A. I. S. pudo acudir directamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (cosa que no ha hecho) o bien -como ha ocurrido en el presente caso- esperar a la resolución tardía posterior de la Administración, posibilidad que a ésta le permite adoptar el art. 43.1 Ley 30/1992, si bien en la forma establecida en el art. 43.4 Ley 30/1992: La Administración podrá admitir a trámite o iniciar el procedimiento o bien inadmitir la solicitud, en los supuestos previstos en el art. 102.3 Ley 30/1992.

Y esta resolución tardía de "inicio" del procedimiento de revisión es la adoptada por la Administración por Resolución de 13 de noviembre de 2004, actuación legítima, por más que su extemporaneidad carezca de toda justificación, dado que no es razonable el plazo de cuatro meses para su adopción, aunque en su dilación haya influido que la interesada fuera requerida para que mejorara su solicitud, si lo estimaba conveniente.

En consecuencia, aunque tardíamente, la acción de nulidad ha sido admitida a trámite e iniciado el procedimiento de revisión, circunstancia que nos sitúa en el segundo momento institucional o temporal que hemos identificado. Esto es, iniciado el procedimiento de revisión por la admisión a trámite de la solicitud o -si se prefiere- por el acuerdo de inicio del mismo adoptado por la Administración, el plazo para resolver y notificar la resolución relativa al fondo de la cuestión es de tres meses, produciéndose, en caso contrario, la caducidad del procedimiento, como establece el art. 102.5 L.P.A.C. Esta es una consecuencia ineludible derivada de la estricta aplicación de este precepto legal, como en anteriores Dictámenes hemos señalado (cfr. DD. 13/02 y 65/04). En consecuencia, el plazo para resolver el procedimiento de revisión iniciado el 13 de noviembre de 2007 concluía el 13 de febrero de 2007.

La Administración, el 3 de diciembre de 2007 "dadas las próximas fechas festivas (La Constitución, Navidad), la previsión de viajes a realizar por quienes se proponga como testigo, y que no se perjudiquen derechos de terceros", acordó de oficio la ampliación, de oficio, del periodo ordinario de prueba en quince días más, que se añadirán al periodo ordinario, apoyándose en el artículo 49 de la Ley 30/1992, y ha continuado con las actuaciones todavía pendientes, entre ellas, la emisión de nuestro preceptivo dictamen.

Este Consejo Consultivo considera ilegal esta ampliación del plazo establecido para resolver y notificar el procedimiento de revisión de oficio iniciado y, en consecuencia, entiende que el procedimiento caducó el 13 de febrero de 2004; caducidad, que como hemos señalado en anteriores Dictámenes (cfr. DD. 13/02 y 65/04), se produce *ope le gis*, con efectos automáticos tan pronto vence el plazo para resolver y notificar.

La ampliación del plazo fundada en el art. 49 Ley 30/1992, por más fundados que aparenten ser los motivos alegados, *es ilegal*, pues este precepto está pensado para los plazos que afectan a los *interesados* y no para los plazos que obligan a la Administración. Esta interpretación ha sido ratificada por la jurisprudencia y, en particular, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja que sistemáticamente ha anulado las decisiones de la Administración de ampliación del plazo para resolver y notificar en los procedimientos sancionadores, con la finalidad de evitar su caducidad.

Si algún precepto pudiera haber alegado la Administración para la ampliación del plazo ese no es, desde luego, el 49 Ley 30/1992, sino, en su caso, el art. 42.6 Ley 30/1992. Pero su aplicación, como se deduce de su tenor literal, es absolutamente *excepcional* -para hacer frente a cargas importantes de trabajo administrativo, no atendible con un incremento de medios personales y materiales- y debe hacerse mediante "*motivación clara de las circunstancias concurrentes*". Y, en el presente caso, no se da el supuesto de hecho habilitante

De admitir la interpretación que hace la Administración, la obligación de resolver y notificar en plazo (obligación legal impuesta a la Administración por razones de seguridad jurídica y de garantía de los derechos de los interesados), serían ineficaces y quedaría burlada su improrrogabilidad, salvo los supuestos legales que persiguen flexibilizar la rigidez de este principio (los previstos en el art. 42.5 Ley 30/1992 .) o la aludida vía excepcional del art. 42.6 Ley 30/1992 , que este Consejo Consultivo considera no concurre en el presente caso.

Por lo demás, no debe olvidarse que en esta clase de procedimientos, además del solicitante de la anulación, interesado en la misma, existen otros interesados, por el contrario, en el mantenimiento del acto (D<sup>a</sup> Y. A.), y razones de seguridad jurídica y garantía de estos derechos de terceros interesados justifican la aplicación del instituto de la caducidad.

En conclusión: reiteramos que el procedimiento de revisión del acto administrativo de adjudicación de la Farmacia de Tirgo caducó el 13 de febrero de 2008.

Ahora bien, de acuerdo con el art. 92.3 Ley 30/1992, la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, razón por la que, caso de concurrir una causa de nulidad de pleno derecho, ello permitiría a la Administración, de oficio o a solicitud de D<sup>a</sup> I. S., iniciar de nuevo el procedimiento de revisión, como hemos admitido en anteriores Dictámenes (cfr. DD. 1 3/02 y 65/04).

Aquí podría darse por concluido este dictamen. No obstante, de acuerdo con el principio antiformalista que ha guiado siempre nuestra actuación, y a la vista de la prolongada tramitación del presente procedimiento, este Consejo Consultivo considera necesario examinar si concurren las causa, de nulidad invocadas por la recurrente, pues, en caso contrario, si no concurriese, esa nulidad, podría la Administración tener un criterio fundado para no iniciar un nuevo procedimiento de revisión.

#### **Cuarto**

##### **Sobre los motivos de nulidad**

Del escrito de solicitud y del posterior escrito remitido en contestación a la .mejora de dicha solicitud, concedida de oficio, los motivos de nulidad alegados por la Sra. S. se pueden encuadrar en lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, punto a), por lesión de los arts. 24, de la Constitución, y 2, de la Ley de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma; artículo 62.1.f), por vulneración de los arts. 7.1 y 6.4 del Código Civil; y artículo 62.1g). En su defecto, alega la anulabilidad de la actuación administrativa *ex* artículo 63 de la Ley 30/1992.

Pues bien, las causas de revisión de actos nulos, descritas en el artículo 62.1 de la Ley 30/92, fueron objeto de modificación por la Ley 4/99, que suprimió la referencia "*al contenido*

*esencial*" de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (letra a), apartado 1), aunque subsiste la anterior enumeración de causas de nulidad en sus mismos términos.

Los genéricos motivos de nulidad argüidos en el presente expediente de revisión de oficio se centraron en enumerar, del artículo 62.1, las siguientes letras:

**-Primero.-**Letra a) *"actos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional "*.

Sobre el motivo de la letra a) como causa de nulidad, la Propuesta de resolución, en el Fundamento de Derecho Cuarto, señala que *"no se cita el derecho constitucional susceptible de amparo constitucional "*, simplemente cita, en escrito de contestación a la posibilidad de ampliación o mejora otorgada por el órgano instructor, *"la vulneración del artículo 24 de la Constitución"* (pág. 17 del expediente), vulneración del artículo 24 de la Constitución que vuelve a reiterar en el *recurso de alzada contra la Resolución de 10 de enero pasado, en el que se deniega la mayoría de los medios de prueba*" (folio 48 a 51 del expediente), sin precisar el ámbito de aplicación de este artículo a los actos para los que se solicita la revisión por la causa de nulidad de la letra a).

El citado precepto de nuestra Constitución consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido es, en parte, aplicable a los procedimientos administrativos, principalmente a los procedimientos sancionadores, sin que pueda efectuarse una traslación mimética del contenido del citado artículo constitucional al procedimiento administrativo.

El escrito de la Sra. S. solicitando la revisión denuncia la *demora del trámite y retraso en la tramitación del expediente* de apertura de la Oficina de la Farmacia de Tirgo. Sin embargo, esta denuncia no puede incluirse en el contenido del artículo 24 de la Constitución, *"derecho a un proceso sin dilaciones indebidas "*, porque el acto ahora impugnado no es en modo alguno equiparable a situaciones jurisdiccionales. La Administración tiene la obligación de resolver, *ex* artículo 42 de la Ley 30/1992, si bien la jurisprudencia constitucional tiene declarado que la obligación de la Administración de dictar una resolución expresa *"no genera un derecho susceptible de amparo constitucional"* (STC 39/1989, FJ 5). La demora del procedimiento, del que la Sra. S. conocía su existencia, no supone causa de nulidad porque no lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Antes bien, como la recurrente alega, le causa un eventual daño económico.

A mayor abundamiento, en el informe de fecha 14 de septiembre de 2007, suscrito por el Subdirector General de Farmacia y Uso Racional del medicamento (págs 9 a 13), no sólo se explicita la normativa aplicable al expediente de apertura de nueva Farmacia en la localidad de Tirgo, sino también el cumplimiento de la misma en lo relativo a los

correspondientes plazos, la diferencia existente entre los Inspectores farmacéuticos en la agilidad de tramitación de solicitudes, la renuncia de algunos aspirantes; aspectos todos ellos denunciados por la recurrente, a propósito de la infracción denunciada del citado artículo 62.1.a) y que tienen que ver con el desarrollo del procedimiento seguido hasta la adjudicación de la Farmacia ; pero no con el acto administrativo propio de la adjudicación a la Sra. A. cuya nulidad se postula.

Asimismo, no es causa de nulidad del presente procedimiento especial de revisión la denegación motivada por el Instructor de parte de la prueba propuesta por la Sra. S., no sólo por la motivación de la propia propuesta de resolución (Fundamento de Derecho Segundo, punto c), en la que señala la falta de vinculación de la prueba con el objeto especial de este procedimiento, sino porque no existe un derecho incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por el interesado, sino aquellas relevantes y pertinentes.

En el presente caso la prueba testifical de los concursantes del procedimiento de apertura de Oficina de Farmacia sobre su voluntad de abrir la misma en caso de resultar adjudicatarios o, como señala en el folio 48, *"para probar la farsa de toda esta rueda "*, resulta irrelevante al quedar reflejado en el expediente (folio 11 relativo al escrito de finales de 2005 remitido por la Subdirección General de Farmacia y Uso Racional del Medicamento a todos los farmacéuticos que formaban parte del procedimiento apertura de Oficina de Farmacia en Tirgo y otros municipio de la Rioja) la voluntad manifiesta de todos los participantes en inicio del procedimiento y de parte de los concursantes en la fase actual de adjudicación de mantener su solicitud.

**Segundo.**-letra f) del precitado artículo 62.1, los *"actos expresos o presuntos... contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezcan de los requisitos esenciales para alcanzar su fin "*.

Como se indica en el informe de los Servicios Jurídicos, siguiendo a la doctrina científica (pág 75), son dos los requisitos exigidos por la norma precitada que configuran este supuesto de nulidad: En primer lugar, que se *"carezca de los requisitos esenciales "*, de manera que el requisito exigido para constituir el acto administrativo pueda calificarse de esencial, bien se refiera a las condiciones del objeto o del sujeto sobre el que recaiga la actividad. La falta de los requisitos esenciales debe ser incontrovertible para que pueda predicarse la nulidad. En segundo lugar, es necesario que el acto *determine el nacimiento de un derecho o una facultad* (además de la no concurrencia de los requisitos esenciales) y la referencia a los derechos y facultades responde no sólo a casos en que a la Administración corresponde verdaderamente construir derechos (nombramientos, concesiones), sino también a todos aquellos en los que la acción administrativa posibilite la efectividad de las facultades o derechos (autorizaciones, en sus diferentes regímenes)".

La presente revisión se plantea sobre la falta de los requisitos esenciales de los solicitantes de apertura de Oficina de Farmacia en el término de Tirgo, ya que los concursantes carecían, a juicio de la Sra. S., de "*la intención de concursar por la Farmacia de Tirgo*". Los requisitos que establecía la norma reguladora de estos procedimientos se concretaba en el artículo 1 de la Orden de 21 de noviembre de 1979, se referían al exigencia de título de licenciado en farmacia o certificación acreditativa del mismo; documentación que acreditara las prioridades y méritos a que hacía referencia el artículo 4.3 del Real Decreto 909/1978; certificado del Colegio Provincial de Farmacéuticos o compromiso formal de colegiarse. No existía ninguna otra limitación de carácter subjetivo para poder solicitar la apertura de Oficina de Farmacia: y todos ellos tenían esos requisitos esenciales exigidos por la norma, y todos ellos manifestaron, libre y voluntariamente, su petición ante la Administración competente en materia de autorizaciones de Oficina de Farmacia. En particular, D<sup>a</sup> Y.A. P., en ejercicio de su derecho legal a continuar en el expediente, confirmó por escrito su interés particular en este concurso y su voluntad de proceder, cuando así le corresponde, a realizar la apertura Oficina de Farmacia, como así ocurre y dice tener conocimiento la recurrente en su escrito de iniciación (pág. 11).

**Tercero-** letra g) del mismo artículo *Cualquier otro que establezca expresamente una disposición de rango legal*".

El tercer motivo invocado parece responder a la infracción, bajo el amparo de la letra g) del artículo 62.1, del artículo 2 de la Ley farmacéutica vigente en La Rioja, según el cual, la venta de una Farmacia implica la de sus Botiquines adscritos. Pero la normativa vigente en el momento de producirse la solicitud de apertura de la Farmacia en Tirgo es, según se explicita en el BOR en que se publica el anuncio (*vid.* Antecedente Primero del Asunto), el RD 909/1978, y las normas no pueden aplicarse retroactivamente. Además, la normativa autonómica elaborada por la Consejería de Salud que regulaba un nuevo procedimiento para autorizar las Oficinas de Farmacia, fue publicada mediante Decreto 14/1997 (BOR de 11 de marzo) y, según su artículo 3, la regulación de apertura de farmacia en las zonas rurales, "*se regirá por su normativa específica vigente hasta ahora, mientras no se disponga otra cosa*", concretamente Real Decreto 909/1978, de 14 de abril y normativa de desarrollo.

Cuestión distinta es que la compraventa realizada por D<sup>a</sup> Y. A. P. de su Oficina de Farmacia de Cuzcurrita y los Botiquines adscritos a la misma a la recurrente y la supuesta pérdida del fondo de comercio de ésta constituya una cuestión entre particulares, sometida a Derecho privado y respecto a cuyo conocimiento la Administración carece de competencia. Tal vez por ello, no consta documento alguno de compraventa con sus correspondientes cláusulas o pactos en el expediente administrativo.

**Cuarto.-** Sobre la manifestación de la solicitante relativa al abuso de derecho (artículo 7.1 del Código Civil) y fraude de ley del artículo 6.4 del mismo texto normativo por parte de los concursantes en el procedimiento de apertura de Farmacia de Tirgo, la misma no debe considerarse porque los solicitantes concurren a un procedimiento iniciado a instancia de Farmacéutico, reunían los requisitos subjetivos y de méritos preceptuados por la norma a aplicar, la renuncia al derecho de apertura de parte de los adjudicatarios no ha perjudicado a terceros, ni estaba prohibida por la ley y parte de los solicitantes manifiestan su interés por continuar el procedimiento hasta su finalización mediante la apertura de local. En cualquier caso, del propio expediente se deduce el interés de concursantes para que se adjudique y finalice el procedimiento (el acto de inicio del procedimiento de apertura de Farmacia de Tirgo -la propia solicitante no duda de la voluntad de la iniciadora del procedimiento Sra. Arnedo-, el acto concreto de adjudicación de Oficina de Farmacia favor de la Sra. A.-pendiente únicamente de apertura de local-, etc.).

**Quinto.-** En cuanto a la solicitud, subsidiariamente planteada, de anulabilidad del procedimiento de apertura, que funda en el artículo 63 de la Ley 30/1992, éste dispone que *"son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder"*. Y en este caso, como se ha razonado y resulta innecesario insistir de nuevo sobre ello, la actuación de los solicitantes, incluida la adjudicataria de la Farmacia de Tirgo, se ha ajustado a la legalidad y no ha existido fraude alguno. Además, el cauce y el procedimiento elegido para dicha petición no es el adecuado, toda vez que, en concordancia con el artículo 103 Ley 30/1992, entre otras diferencias, la iniciación estaría sujeta a plazo, requeriría de la declaración de lesividad de los actos anulables y, al insistir en el vicio de desviación de poder, para poder ser apreciado se precisa que *"quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas, ni suspicacias interpretativas ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine"* (SS.TS de 5 de abril de 2000 y 25 de mayo de 1999).

En definitiva, no procede estimar la revisión de oficio solicitada por la Sr. A. I. S. L. H. al no concurrir los motivos de nulidad establecidos por la Ley 30/1992 y normativa específica. Asimismo, no puede admitirse la anulabilidad, subsidiariamente solicitada, al no ser lesivos para el interés público los actos de apertura de Oficina de Farmacia en Tirgo y de adjudicación de la misma; facultad esta de declaración de lesividad únicamente reconocida a instancia de la Administración autora del acto.

## **CONCLUSIONES.**

### **Primera.**

El procedimiento de revisión de oficio instado por D<sup>a</sup> A. I. S. L. H., en materia de adjudicación de Farmacia, iniciado por Resolución de la Directora General de Aseguramiento, Acreditación y prestaciones, el 13 de noviembre de 2007, caducó el 13 de febrero de 2008.

### **Segunda**

No concurren las causas de nulidad del artículo 62. 1.a), f) y g) de la Ley 30/1 992 ni tampoco de anulabilidad del artículo 63 del citado cuerpo legal, y el procedimiento de revisión no podrá iniciarse de nuevo por esta misma causa.

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