

**Expediente:** 16/2004

**Objeto:** Reclamación sobre responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados por el retraso en la apertura de una farmacia.

**Dictamen:** 30/2004, de 29 de julio.

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 29 de julio de 2004,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente, don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario, don Francisco Javier Martínez Chocarro, don Joaquín Salcedo Izu, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo, Consejeros,

siendo ponente don Francisco Javier Martínez Chocarro,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **I.1ª. Consulta**

El día 10 de junio de 2004 tuvo entrada en el Consejo de Navarra la notificación de la Orden Foral 183/2004, de 3 de junio, del Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra, a través de la que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 19.2 y 16.1.i) de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre (desde ahora, LFCN), se recaba dictamen preceptivo sobre el expediente de responsabilidad patrimonial promovido por don ..., por los perjuicios ocasionados por el retraso en la apertura de una farmacia en ... .

Se acompaña el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial (RP 119/02), incluyendo la propuesta de resolución y la Orden Foral 183/2004, de 3 de junio, del citado Consejero, ordenando la remisión de dicho expediente al Consejo de Navarra para su dictamen.

## **I.2ª. Antecedentes de hecho**

### ***Reclamación de responsabilidad patrimonial***

Mediante escrito registrado en el Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra el día 26 de abril de 2002, don ... formuló reclamación de indemnización de 240.532,71 euros por los daños que se habían ocasionado por la imposibilidad de ejercer con su actividad autorizada de oficina de farmacia por una actuación posterior del Gobierno de Navarra declarada no ajustada a Derecho.

En el reseñado escrito se alegan por el reclamante, en esencia, los siguientes hechos:

Con fecha 12 de febrero de 1997, solicitó autorización para la apertura de una farmacia en ... al amparo del criterio excepcional de núcleo de población establecido en el artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril. El expediente, que fue tramitado por el Departamento de Salud del Gobierno de Navarra, fue resuelto, estimando la autorización solicitada, por Resolución número 926/1997, de 22 de agosto, del Director General de Salud, "en consideración al núcleo de población que se ubica en el extremo sur de ... lindando con el límite del casco urbano alejado del centro de la ciudad donde se ubican las farmacias abiertas, a una distancia de 565 y 576 metros respectivamente de las dos oficinas de farmacia más próximas al local designado", habiéndose acreditado una población empadronada de 2.446 habitantes. Frente a esta resolución se interpusieron sendos recursos ordinarios, de fechas 18 de septiembre y 7 de octubre de 1997, por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra y don ..., respectivamente.

Por escrito de fecha 6 de febrero de 1998, (no consta en el expediente administrativo) transcurrido el plazo de tres meses que la Administración tenía para resolver, el reclamante interesó le fuera expedida la certificación de actos presuntos para hacer valer la desestimación de los indicados recursos ordinarios. Así mismo, con fecha 6 de marzo de 1998 (tampoco se ha incluido este escrito en el expediente administrativo) y transcurridos los veinte días de plazo señalados por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante,

LRJ-PAC) para su expedición, solicitó la visita de inspección a efectos del trámite legal de apertura de la oficina de farmacia, reiterada cuatro días después y “poniendo de manifiesto los perjuicios que la omisión de tal trámite le ocasionaban al no poder abrir efectivamente la farmacia, pese a la autorización concedida y a la firmeza alcanzada en vía administrativa por la misma, al haber transcurrido el plazo establecido legalmente para la resolución de los recursos ordinarios”.

Contra la inactividad administrativa en la apertura de su oficina de farmacia y en ejecución de la Resolución 926/1997, el reclamante interpone recurso contencioso-administrativo, número 478/1998, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Por Acuerdo de 9 de marzo de 1998, después de transcurridos los veinte días que la LRJ-PAC, en su redacción primitiva, otorgaba para la expedición de la certificación de actos presuntos, el Gobierno de Navarra resolvió estimar los recursos ordinarios interpuestos contra la Resolución 926/1997 antes citados, revocando la misma y denegando la apertura de la oficina de farmacia de referencia. Frente a este Acuerdo el reclamante interpuso recurso contencioso administrativo, correspondiéndole el número 541/1998, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dando lugar a la sentencia firme de fecha 27 de abril de 2001, aclarada por auto de fecha 8 de mayo siguiente, anulando dicho acuerdo del Gobierno de Navarra y confirmando la Resolución 926/1997.

Por Auto de 31 de julio de 1999 dictado en recurso contencioso administrativo número 478/1998, antes referido, se acordó la suspensión de los efectos de la inactividad administrativa y la ejecutividad de la Resolución 926/1997, firme en vía administrativa, procediéndose a la apertura de la oficina de farmacia por el reclamante con fecha 19 de octubre de 1999.

Dado el reconocimiento de pretensiones que la sentencia de fecha 27 de abril y auto aclaratorio de 8 de mayo de 2001, citados, habían producido en el reclamante, por éste se desistió del recurso contencioso administrativo número 478/1998 citado.

Con amparo en el artículo 139.1 de la LRJ-PAC el reclamante funda su pretensión de perjuicios en los sufridos por el retraso en la apertura de su oficina de farmacia entre el 9 de marzo de 1998 y el 19 de octubre de 1999, motivado en la inactividad administrativa y en el dictado de una resolución revocatoria en recurso administrativo ordinario que considera ilegal.

### ***Iniciación e instrucción del procedimiento***

Por Resolución 787/2002, de 16 de octubre, del Director General de Economía y Asuntos Europeos se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don ..., con el número de RP 119/2002. Al propio tiempo, ordenó la tramitación del correspondiente procedimiento establecido en la LRJ-PAC y el nombramiento de instructor. En la misma resolución resolvió informar al interesado que “el plazo máximo normativamente establecido para la resolución y su notificación es de seis meses desde que se inicia el procedimiento, salvo que éste se amplíe con un período extraordinario de prueba”, y que si en el plazo señalado no recaía resolución expresa, se podía entender desestimada la solicitud de indemnización. Igualmente resolvió notificar la repetida resolución además de al interesado, a la Correduría de Seguros .... y a la Sección de Contratación y Seguros de Economía y Hacienda.

La instructora del procedimiento, mediante escrito de 14 de enero de 2003, comunicó al reclamante, que “conforme a lo dispuesto en los artículos 6.1 y 9 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 marzo (en adelante, RPRP), debía completar el expediente con los siguientes documentos: 1º Declaraciones del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de don ... correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001. 2º Libro de ingresos y gastos correspondientes al ejercicio 2002, diligenciados debidamente por la Administración Tributaria. 3º Las alegaciones, documentos y pruebas que estime oportunas para el reconocimiento de su derecho a indemnización”.

En el mismo escrito se le hacía saber que de no cumplir con lo requerido en el plazo indicado, se le tendría por desistido de su reclamación,

archivándose sin más trámite, de conformidad con el artículo 71 de la LRJ-PAC.

Don ..., por escritos de 30 de enero y 21 de febrero de 2003, dio cumplimiento al requerimiento efectuado por la instructora del procedimiento.

Obra en el expediente un escrito, de 9 de mayo de 2003, del Secretario Técnico del Departamento de Salud, a petición de la instructora, sobre el plazo estimado entre la solicitud de la visita de inspección previa a la apertura de una farmacia y la apertura real de la misma, informando que procede tomar como fecha de inicio del supuesto lucro cesante el día 9 de marzo de 1998.

Asimismo, a solicitud de la instructora, se incorporó al expediente informe económico pericial, de fecha 10 de diciembre de 2003, realizado por ..., sobre el cálculo de perjuicios presentado por el reclamante cifrándolos en 86.811,512 euros, en vez de los 240.532,71 euros solicitados por el reclamante en el informe pericial aportado con la reclamación inicial.

Por Resolución 311/2003, de 31 de diciembre, del Director General de Economía y Asuntos Europeos y Planificación, se dispone la remisión a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra del expediente correspondiente al recurso contencioso administrativo número 1.114/2003, interpuesto a instancia de don ... contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación formulada con fecha 13 de mayo de 2002.

### ***Informes y documentación***

Obran en el expediente de responsabilidad patrimonial instruido los siguientes documentos relevantes:

1.- Sentencia, de 27 de abril de 2001, y auto aclaratorio de 8 de mayo de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictados en el recurso contencioso-administrativo número 541/1998 estimatoria del recurso interpuesto por don ... contra acuerdo de 9 de marzo de 1998, del Gobierno de Navarra por el que se

estiman los recursos ordinarios interpuestos por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra y doña ...contra la Resolución 926/1997 de 22 de agosto, del Director General de Salud, confirmando esta última y declarando el derecho del recurrente a la apertura de oficina de farmacia por núcleo de más de 2.000 habitantes en ....

2.- Acuerdo del Gobierno de Navarra, de fecha 9 de marzo de 1998, por el que se estiman los recursos ordinarios interpuestos por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra y doña ...conjuntamente, revocando la Resolución impugnada número 926/1997, de 22 de agosto, del Director General de Salud y denegando a don ... la apertura de una oficina de farmacia en la zona de ... de ....

3.- Informe del Servicio de Asesoría Jurídica del Departamento de Presidencia e Interior, de fecha 27 de febrero de 1998, en relación a los recursos ordinarios mencionados en el que concluye la procedencia de su estimación.

4.- Informe jurídico del Jefe de la Sección de Régimen Jurídico e Inspección del Departamento de Salud en relación a los citados recursos en el que se propone la desestimación íntegra de los mismos.

5.- Resolución 926/1997 de 22 de agosto, del Director General de Salud, por la que se autoriza la apertura de una nueva oficina de farmacia en ... a don ....

6.- Escrito de fecha 30 de agosto de 1999, dirigido al Departamento de Salud del Gobierno de Navarra, por el que don ... suplica a dicho Departamento proceda a cumplimentar los trámites necesarios para la efectividad de la apertura de la farmacia ordenada por auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictado en el recurso contencioso-administrativo número 478/1998.

7.- Resolución 1174/1999, de 19 de octubre, del Director General de Salud, por la que se ordena la apertura de la oficina de farmacia autorizada por Resolución 926/1997 a don ....

8.- Informe de don ..., economista, sobre perjuicios causados a don ... por el retraso en la apertura de una oficina de farmacia desde el 9 de marzo de 1998 hasta el 19 de octubre de 1999, cifrando los mismos en 240.532,71 euros.

9.-Informe pericial, de fecha 10 de diciembre de 2003, solicitado a la compañía ...y realizado por ..., en relación al expediente en cuestión en el que se estima una indemnización de 86.811,512 euros.

10.- Escrito de alegaciones con entrada de fecha 14 de abril de 2004, en el trámite de audiencia otorgado a don ... con fechas 20 de enero y 30 de marzo de 2004, en el que se discrepa en parte con el informe pericial emitido por ... y considerando, con base en un nuevo informe económico, de 4 de febrero de 2004, de don ..., que se adjunta, que procede una indemnización de 127.837,71 euros, cuando menos, incluida la actualización conforme al índice de precios al consumo.

### ***Trámite de audiencia y alegaciones***

Mediante escrito de 16 de enero de 2004, la Instructora del procedimiento da por concluida la fase de instrucción y, con entrega al interesado de copia del informe pericial de la correduría de seguros ... e informe del Departamento de Salud, concede al reclamante un plazo de 15 días hábiles para que pueda formular alegaciones y presentar los documentos que estime procedentes, informándole que el expediente queda de manifiesto en las dependencias de la Sección de Contratación y Seguros del Departamento de Economía y Hacienda. Dicho escrito y trámite se reiteró por otro de 30 de marzo de 2004 al no constar en el expediente notificación al interesado del primero.

En el trámite de audiencia otorgado con sendas notificaciones de 16 de enero y 30 de marzo de 2004, con entrega de los informes y poniendo de manifiesto el expediente, se alegó por don ..., en escrito recibido con fecha 14 de abril de 2004 haciendo referencia a la contestación realizada anteriormente con entrada en registro con fecha 6 de febrero de 2004 (que no obra en el expediente), su discrepancia, al menos en parte, con el informe pericial recibido y considerando con base en un nuevo informe económico y

documentación que adjunta, la procedencia de una indemnización de 127.837,71 euros incluida la actualización conforme al índice de precios al consumo.

No obstante la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, consta en el expediente, tal como se ha hecho mención anteriormente, que se sigue ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra el recurso contencioso-administrativo número 1114/2003, interpuesto a instancia de don ... contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación formulada en este expediente al haber transcurrido el plazo para su resolución.

Por la instructora del expediente se propone, mediante informe de 10 de mayo de 2004, la desestimación de la reclamación en cuestión.

Mediante Orden Foral 183/1004, de 3 de junio, del Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra, se remite al Consejo de Navarra para su dictamen el expediente de responsabilidad patrimonial número 119/2002 de que se trata y se notifica la misma al interesado, a la Correduría de Seguros .... y a la Sección de Contratación y Seguros del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra.

### ***Propuesta de resolución***

La propuesta de Resolución del Director General de Asuntos Europeos y Planificación, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por don ... y tramitada como expediente RP 119/02, motivada por los perjuicios sufridos por el retraso en la apertura de una oficina de farmacia en la zona de ... de ... por la falta de antijuricidad de la lesión, solicitando dictamen a este Consejo y su pronunciamiento sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización.



## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen**

El artículo 16.1.i) de la LFCN establece el dictamen preceptivo del Consejo de Navarra en relación con los expedientes administrativos tramitados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un órgano consultivo, que se refieran, entre otras, a “reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a veinte millones de pesetas” (120.202,42 euros). En tales supuestos la consulta podrá ser recabada directamente por el Consejero competente (artículo 19.2 de la LFCN).

Por su parte, el RPRP dispone en su artículo 12.1 que, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se recabe el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, remitiéndole todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución. Asimismo, el apartado 2 de dicho precepto reglamentario añade que “se solicitará que el dictamen se pronuncie 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. El dictamen se emitirá en un plazo máximo de dos meses”.

El artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado dispone que la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los asuntos sobre “reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado” (número 13).

En consecuencia, de acuerdo con los preceptos citados, este Consejo emite dictamen preceptivo al versar la consulta sobre una reclamación de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros.

## **II.2ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración: regulación, requisitos y competencia**

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución de garantía de los ciudadanos que, ya contemplada en el artículo 106.2 de la Constitución, encuentra su fundamental régimen jurídico en los artículos 139 a 144 (Capítulo I del Título X) de la LRJ-PAC, parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en el RPRP. Siendo de aplicación la normativa vigente al momento de producirse el hecho del que pretende hacerse derivar la responsabilidad patrimonial, aquí resultan aplicables los preceptos de la Ley 30/1992 (en su versión inicial).

El punto de partida lo constituye el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2), siendo indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 LRJ-PAC). La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 LRJ-PAC). Finalmente, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (artículo 142.5 LRJ-PAC).

Conforme a la doctrina y reiterada jurisprudencia [Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª (Sección 6ª) de 28 de enero de 1999 y (Sección 7ª) de 1 y 25 de octubre de 1999; y sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de julio de 2000], los requisitos necesarios para que proceda el derecho a

indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, son los siguientes:

a) La lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. El daño ha de ser real y efectivo, nunca potencial o futuro, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) La lesión se define como daño antijurídico, que es aquél que la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

c) La imputación de la lesión a la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) La relación de causalidad entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

e) Ausencia de fuerza mayor.

La responsabilidad patrimonial se configura aquí como una responsabilidad objetiva, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla la concurrencia de los requisitos precitados.

La carga de la prueba de los hechos necesarios para que exista responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización; y, en cambio, corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo de causalidad (como recuerda la Sentencia de la Sala Tercera, Sección 6ª, del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000).

Como viene recordando este Consejo (entre otros, dictámenes 34/2000, de 9 de octubre, y 58/2001, de 30 de octubre), ese sistema de responsabilidad objetiva no convierte a las Administraciones Públicas “en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados,

derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario, como pretende la representación procesal de la recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico (STS de 7 de febrero de 1998)”.

El artículo 142.4 de la LRJ-PAC contiene una norma especial sobre la responsabilidad de la Administración por anulación de actos administrativos. Dice así:

“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”.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta previsión legal, si bien referida a su precedente, el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ha alumbrado una línea jurisprudencial, que se manifiesta en las sentencias de la Sala 3ª-Sección 6ª de 1 de febrero de 1996, de 27 de octubre de 1998, de 11 de marzo de 1999, de 28 de junio de 1999, de 16 de septiembre de 1999, (Sala 4ª) de 13 de octubre de 1999 y (Sala 6ª) de 13 de enero de 2000, de la que, extractando la doctrina fijada en la última de ellas, pueden destacarse en relación con los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas los siguientes aspectos:

- El principio de responsabilidad patrimonial proclamado en el artículo 106.2 de la Constitución conlleva un derecho de los llamados de configuración legal, que 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 apartado citado se reconoce el derecho en los términos establecidos por la ley.

- El artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que dispone que “la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización”, 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 presupuesto 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.

- La concurrencia de tales requisitos “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, “el matiz diferencial, de existir, hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo de la concurrencia del tercero de los requisitos, antijuridicidad de la lesión, o lo que es lo mismo la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido, lo que nos permite, al abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración”.

- “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 ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. 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 debería entenderse que no podría hablarse de existencia 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 que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo”. Criterio “que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la Jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente

descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de resoluciones”.

En resumen, la citada línea jurisprudencial exige, de un lado, un especial rigor en la ponderación de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de anulación judicial de actos; y, de otro, centra el matiz diferencial en la antijuridicidad del daño, o lo que es lo mismo, que el particular lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, de suerte que cuando la Administración tiene un margen de apreciación (actos discrecionales o utilización de conceptos jurídicos indeterminados) no existe lesión antijurídica siempre que aquélla actúe dentro de unos márgenes de apreciación razonados y razonables.

Finalmente, en cuanto a la determinación del órgano competente para resolver, la disposición adicional tercera de la Ley Foral 18/1999, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2000 (y anteriormente la disposición adicional quinta de la Ley Foral 21/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para 1999; e igual disposición de la Ley Foral 15/1995, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para 1996), atribuye al Consejero de Economía y Hacienda, la competencia para la resolución de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos autónomos, previa instrucción de los expedientes por el Servicio de Patrimonio, excepto los procedimientos por responsabilidad patrimonial del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y por responsabilidad profesional del personal sanitario al servicio del mismo, que corresponde al Director Gerente de dicho organismo autónomo.

### **II.3ª. Sobre la tramitación del procedimiento**

El procedimiento de responsabilidad patrimonial ha de tramitarse de acuerdo con las reglas fijadas al efecto en la LRJ-PAC y en el RPRP. Así ha ocurrido en términos generales en el presente caso, si bien ha de repararse

en que el procedimiento no se ha resuelto en el plazo legalmente previsto, sin que se indique en la propuesta motivación alguna sobre este extremo. Ahora bien, conforme a los artículos 42 y 44.3.b) de la LRJ-PAC, ello no exime a la Administración de resolver, sin vinculación alguna en este caso de desestimación al sentido del silencio. En todo caso, este Consejo ha de recordar el deber de la Administración de resolver los procedimientos dentro del plazo legalmente establecido para ello.

#### **II.4ª. Sobre la antijuridicidad del daño**

La reclamación formulada exige los daños que el reclamante dice le fueron ocasionados por la inactividad de la Administración en la apertura de una oficina de farmacia autorizada por resolución del Director General de Salud del Gobierno de Navarra, de 22 de agosto de 1997, que, habiendo sido recurrida en vía administrativa ganó firmeza al no haberse resuelto los recursos interpuestos en el plazo legal, dictándose acuerdo del Gobierno de Navarra, de 9 de marzo de 1998, después de transcurridos los veinte días de solicitada la certificación de actos presuntos, en el sentido de revocar aquélla y denegando la apertura de la farmacia. Este Acuerdo fue recurrido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que declaró no ser conforme a Derecho, reconociendo el derecho del solicitante a la apertura de una oficina de farmacia en ... por el criterio excepcional de núcleo de población superior a dos mil habitantes.

Don ..., con fundamento en la anulación judicial citada antes, viene a mantener en su reclamación que se le han causado unos daños y perjuicios de los que debe ser resarcido, por imposibilidad de ejercer su actividad autorizada, debido a una actuación de la Administración no ajustada a derecho al tratarse del dictado de un acto administrativo extemporáneamente y en haberse declarado la existencia del núcleo de población solicitado por aplicación del criterio excepcional del artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril.

Por el contrario, la propuesta de resolución se opone a tal pretensión aduciendo, en síntesis, que los requisitos que deben concurrir para apreciar la existencia de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de anulación



de actos administrativos en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo son los exigidos con carácter general ya que tal anulación no presupone el derecho a la indemnización, sin que de la resolución fuera de plazo se derive necesariamente la misma entendiéndose, en definitiva, que no concurre el requisito de la antijuridicidad de la lesión o ausencia del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño; además, argumenta sobre la inexistencia del núcleo de población solicitado tanto por estar derogada la norma alegada, al tratarse de zona urbana, como por la inexistencia de las características o circunstancias fácticas, al carecer el núcleo solicitado de la homogeneidad necesaria en aplicación de la norma al caso concreto, haciendo uso de un margen de apreciación dentro de unos criterios razonados y razonables conforme a los sustentados por la jurisprudencia con respecto a los aspectos reglados que pudieran concurrir para la apreciación de la existencia del concreto núcleo de población.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de febrero de 1996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), resolviendo un recurso de casación relacionado con la apertura de una oficina de farmacia, sobre anulación de actos administrativos, dice “a nadie se le oculta que el núcleo de población es un concepto indeterminado y por ello ha sido uno de los que mayor discusión han generado desde el punto de vista jurídico a la hora de aplicar la legislación específica en materia de apertura de oficinas de farmacia, de tal manera que la valoración del concepto en cuestión ha sido objeto de constante evolución y matización a través de la doctrina jurisprudencial, de modo que si bien el supuesto general de una farmacia por cada cuatro mil habitantes no ofrece dudas relevantes, en cuanto se trata de un dato objetivo fácilmente acreditable, de forma que de concurrir puede hablarse sin género alguno de duda de preexistencia del derecho del administrado y alteración de su situación jurídica en caso de que su pretensión fuese denegada por la Administración, sin embargo no ocurre lo mismo en el supuesto excepcional que se plantea en el caso de autos, en el que, como decimos, la existencia del derecho y su concreta determinación por la Administración Corporativa depende no de la concurrencia de un dato objetivo sino de la valoración, necesariamente subjetivada, de un concepto indeterminado que forma parte integrante de la norma aplicable”.

La misma sentencia señala que “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 se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. 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 debería entenderse que no podría hablarse de existencia 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 que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo”. En idéntico sentido se pronuncia la misma Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 13 de enero de 2000.

En el presente caso, el fundamento esgrimido por el recurrente (la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 27 de abril de 2001) nos lleva a determinar la aplicación de la doctrina anteriormente expuesta y recogida por este Consejo en el dictamen número 35/2000, en los aspectos planteados.

En la cuestión de la existencia del núcleo de población superior a dos mil habitantes en aplicación del criterio excepcional contemplado por el artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, de 14 abril, la referida sentencia entiende la vigencia y aplicación de la citada norma y estima justificada la existencia del núcleo de población, reconociendo al reclamante su derecho a la apertura de la oficina de farmacia solicitada. Como ha quedado expuesto, de la anulación por una sentencia judicial de un acto administrativo que revoca la inicial autorización de la apertura de la oficina de farmacia no se deriva el derecho del reclamante a la indemnización pues la Administración argumentó con fundamento jurisprudencial sobre la derogación del artículo 3.1.b) del citado Real Decreto 909/1978 en relación a su aplicación a las solicitudes de apertura de farmacias en zonas urbanas como la del presente caso, y se desarrolló, en su dictado, dentro del margen discrecional y

subjetivo que la norma le otorgaba para la apreciación y valoración de la concurrencia de los requisitos de autorización de la oficina de farmacia sobre un concepto jurídico indeterminado, como es el núcleo de población, entendiendo de manera razonable y razonada su no concurrencia por lo que en aplicación de la doctrina jurisprudencial sentada a través de las sentencias antes citadas avala, a juicio de este Consejo, la conclusión de que en el presente supuesto no se aprecia la existencia del requisito de la antijuridicidad de la lesión para estimar la pretensión del reclamante.

En lo que respecta a los efectos del silencio administrativo en vía de recurso en relación con la obligación de resolver que tiene la Administración, la propia sentencia invocada por el reclamante indica que se mueve en una cuestión jurídica en la que existen diversas teorías y posiciones doctrinales, optando por la de entender que a la Administración le estaba impedido resolver o debía resolver en sentido análogo al de la resolución recurrida, en el asunto sometido a su consideración, después de transcurrido el plazo de tres meses que tenía para resolver los recursos interpuestos contra la inicial resolución que autorizaba la apertura de farmacia y transcurridos, también, los veinte días de plazo una vez interesado el certificado de actos presuntos por el recurrido. Además, tampoco ha sido una cuestión pacífica la relativa a la legitimación para interesar la certificación de actos presuntos como pone de manifiesto la sentencia de la Sala de Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2000.

En consecuencia, también en esta cuestión la Administración se desenvolvía en un tema controvertido y optó por dictar resolución expresa estimando el recurso ordinario interpuesto por terceros, por lo que tampoco se aprecia la concurrencia de antijuridicidad en la lesión producida al reclamante.

No apreciándose la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, resulta innecesario examinar la valoración del daño ni la cuantía de la indemnización.

### **III. CONCLUSIÓN**

La reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada por don ... en solicitud de indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del retraso en la apertura de una oficina de farmacia debe ser desestimada.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.