

Expediente: 9/2010

Objeto: Reclamación sobre responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados por denegación apertura de oficina de farmacia.

Dictamen: 12/2010, de 29 de marzo

DICTAMEN

En Pamplona, a 29 de marzo de 2010,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente, don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario, y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Consulta

El día 5 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito del Presidente del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1 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 (en adelante, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo de este Consejo sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Foral de Navarra, formulada por don ..., por daños derivados de la denegación de autorización para apertura de oficina de farmacia, solicitado por la Orden Foral 16/2010, de 1 de febrero, de la Consejera de Salud.

Se acompaña el expediente administrativo 1/09, tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyendo la propuesta de resolución y la Orden Foral 16/2010, de 1 de febrero, de la citada Consejera, ordenando la remisión de dicho expediente al

Consejo de Navarra para su dictamen, con suspensión del plazo para resolver.

I.2ª. Antecedentes de hecho

A) Reclamación de responsabilidad patrimonial

Mediante escrito registrado en el Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra el día 18 de abril de 2009, don ... formuló reclamación de indemnización de 248.301,60 euros por los daños que se le habían ocasionado por la denegación de licencia de apertura de oficina de farmacia en la localidad de

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

El día 3 de julio de 2002, doña ... presentó solicitud de autorización para la apertura de oficina de farmacia en local sito en la avenida de Navarra número 8 de ..., adjuntando copia simple de la compra del solar y el anteproyecto de las obras a realizar para la construcción de la farmacia. La solicitud fue rechazada mediante Resolución 1.268/2002, de 19 de agosto, del Director General de Salud, porque *“el local designado no existe en sus elementos constructivos básicos en el momento de realizarse la solicitud de autorización de apertura de farmacia”*.

El día 10 de septiembre de 2002, el reclamante, don ..., presentó, ante el Departamento de Salud, solicitud de autorización para la apertura de una oficina de farmacia en la calle ... número ... de

El 25 de septiembre de 2002, después de presentada la solicitud del señor ..., la señora ... presentó una segunda solicitud de apertura en el mismo local de avenida de Navarra y unos días más tarde, el 30 de septiembre de 2002, interpuso recurso de alzada contra la resolución del Director General de Salud, por la que se le denegó la apertura en el lugar indicado. La interposición del recurso motivó la paralización de la tramitación del expediente de apertura iniciado a instancia del señor

El día 13 de enero de 2003, el Gobierno de Navarra estimó el recurso de

alzada interpuesto por la señora ... y autorizó la apertura de su farmacia en el número 8 de la avenida de Navarra de

Frente al acuerdo del Gobierno de Navarra reaccionó el señor interponiendo recurso contencioso-administrativo ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (autos número 155/2003), alegando infracción del artículo 24.1 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica, y del artículo 4.2.b) del Decreto Foral 197/2001, de 16 de julio, por el que se regula el procedimiento de apertura de oficinas de farmacia.

El día 24 de abril de 2003 se levantó la suspensión del expediente de autorización iniciado a instancia de don ..., que concluyó mediante Resolución 624/2003, de 15 de mayo, del Director General de Salud, por la que se denegó la apertura de farmacia en la calle ... número ... con el argumento de que el local de la señora ... estaba situado a menos de 150 metros de distancia. La resolución fue recurrida por el interesado en recurso contencioso-administrativo 143/2004, tramitado ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que fue acumulado al anterior.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó sentencia 461/2005, de 9 de mayo, estimando íntegramente las dos pretensiones anulatorias deducidas por el demandante porque el local designado por la señora ... no existía en el momento en que presentó su solicitud. La sentencia fue recurrida por la señora ... en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que dictó sentencia el 21 de noviembre de 2008 desestimando el recurso y declarando firme la pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

A juicio del reclamante de la responsabilidad patrimonial, el acto por el que se concedió autorización de apertura a doña ... era un acto reglado, en el que no intervenía facultad discrecional ni elemento valorativo alguno que permitiese un margen de libertad de decisión a la Administración sanitaria. La existencia de un local para ubicar la oficina de farmacia es un requisito básico y necesario, cuyo cumplimiento era fácilmente comprobable a través de la documentación de la solicitud, siendo lo cierto que la instancia de la señora ... únicamente aludía a un solar, a un terreno, a un futuro edificio de nueva planta, por lo que no existía tal local en el momento de presentar la instancia.

En el expediente en cuestión consta un informe del Jefe de la Sección de Régimen Jurídico del Departamento de Salud en el que se apunta —con base en la doctrina del Tribunal Supremo— que no es suficiente la designación de un simple solar sino que ha de tratarse de un local que disponga, al menos, de sus elementos constructivos básicos.

La actuación del Gobierno de Navarra impidió al reclamante abrir su oficina de farmacia en ..., causándole con ello un daño antijurídico cuya indemnización ahora postula. El daño se concreta en el lucro cesante o las ganancias frustradas que la oficina de farmacia de ... dejó de obtener en los ejercicios 2003 a 2007 como consecuencia de la denegación de la autorización de apertura.

El lucro cesante se evalúa en 248.301,60 euros, con apoyo en un informe emitido por un auditor censor jurado de cuentas, que se adjunta a la solicitud. Así mismo reclama el interés legal que se devengue entre el día en que se formuló la reclamación de la indemnización del daño hasta su completo pago.

B) Iniciación e instrucción del procedimiento

Por Orden Foral 73/2009, de 25 de mayo, se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don ..., con el número de expediente 1/2009. Al propio tiempo, se dispuso la tramitación del correspondiente procedimiento de acuerdo con lo establecido en el título VI de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN) y el nombramiento de instructora. En la misma orden se acordó informar a los interesados de 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 recae resolución expresa, se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización. Igualmente se decidió trasladar la repetida orden foral a la Secretaría General Técnica y al Servicio de Asistencia Sanitaria, y notificarla al interesado, a la instructora del procedimiento y a la Correduría de Seguros

La instructora del procedimiento, mediante sendos escritos de 28 de mayo

de 2009, solicitó informe al Servicio de Asistencia Sanitaria y a la Sección de Régimen Jurídico de la Dirección General de Salud. El mismo día se dirigió igualmente al Servicio de Prestaciones Farmacéuticas para recabar informe relativo a la valoración de la facturación por recetas oficiales de la farmacia de doña ... en el periodo comprendido entre los años 2003 y 2007.

El día 5 de agosto de 2009, la instructora del procedimiento emplazó al reclamante para que presentase la siguiente documentación, que fue aportada por el interesado con su escrito de 15 de septiembre de 2009:

- a) Declaraciones del IRPF de don ... correspondientes a los periodos impositivos de los años 2003 a 2008, ambos inclusive.
- b) Documentación contable acreditativa de los ingresos y gastos de la oficina de farmacia de su titularidad, sita en calle ..., de Pamplona, durante todo el año 2008.
- c) Documentación acreditativa del gasto originado a don ... por el traspaso de la oficina de farmacia sita en calle ..., de Pamplona.

Con toda la documentación acumulada, la instructora volvió a solicitar al Servicio de Asistencia Sanitaria la evaluación del daño alegado por el reclamante, previa solicitud y obtención del permiso de doña ... para hacer uso de los datos de facturación de su farmacia, en cumplimiento de lo establecido por la legislación de protección de datos de carácter personal. El informe fue emitido el día 10 de diciembre de 2009 y se evaluó el lucro cesante en 202.654,75 euros.

C) Audiencia, alegaciones y conclusión del expediente

Finalmente, el expediente se puso de manifiesto al reclamante, que formuló alegaciones en escrito de 30 de diciembre de 2009. En ellas se ratificó en la calificación del daño como antijurídico y manifestó su conformidad con la valoración del lucro cesante contenida en el informe de 10 de diciembre de 2009, al que acabamos de hacer referencia.

Constan en el expediente el informe-propuesta de la instructora del

procedimiento y el proyecto de orden foral por la que se estima parcialmente la reclamación formulada por don ..., reconociéndole el derecho a ser indemnizado por el lucro cesante, por un importe de 202.654,75 euros, correspondiente al periodo comprendido entre el mes de abril de 2003 y 31 de diciembre de 2007, lucro actualizado hasta el mes de noviembre de 2009 con el índice de precios al consumo general y que deberá ser revisado a la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

D) Informes y documentación

Entre otros, obran en el expediente de responsabilidad patrimonial instruido los siguientes documentos relevantes:

1.- Copia, aportada por el reclamante, de la sentencia 461/2005, de 9 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictada en el recurso contencioso-administrativo número 155/2003 y 143/2004 acumulado, estimatoria (a) de las pretensiones de don ... de anulación del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 13 de enero de 2003, por que el que se estimó el recurso de alzada interpuesto contra Resolución 1268/02, 19 de agosto, del Director General de Salud; y (b) de anulación de la resolución expresa que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución número 624/03, de 15 de mayo, dictada por el Departamento de Salud del Gobierno de Navarra, ampliado a resolución del Gobierno de Navarra de 5 de abril de 2004, desestimatoria de recurso de alzada.

2.- Copia, también aportada por el reclamante, de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre 2008, que desestimó el recurso de casación contra la citada en el número precedente.

3.- Informe, de 9 de junio de 2009, de la Jefa del Servicio de Prestaciones Farmacéuticas, sobre el importe de los productos dispensados en la farmacia de ... número 571 entre los años 2003 a 2007.

4.- Informe, de 16 de junio de 2009, del Técnico de Administración Pública que dictaminó en el recurso de alzada interpuesto por doña ..., que fue estimado por el Gobierno de Navarra.

5.- Informe, del Jefe de la Sección de Ordenación e Inspección Farmacéutica del Departamento de Salud.

6.- Informe, de 10 de diciembre de 2009, del Jefe de la Sección de Ordenación e Inspección Farmacéutica del Departamento de Salud, sobre la determinación del lucro cesante reclamado por don

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 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 Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, 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. 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”.

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. Tramitación del procedimiento

No apreciamos objeción alguna al procedimiento seguido, que se ha tramitado de acuerdo con las reglas fijadas al efecto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en el RPRP.

II.3ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de actos o disposiciones administrativas

Como hemos dicho repetidamente en dictámenes anteriores, 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 y en el RPRP.

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).

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”.

Como hemos dicho en anteriores dictámenes, la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta previsión legal, antes contenida en el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), ha alumbrado hace años una línea jurisprudencial, que se manifiesta, entre otras, 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 y de 31 de enero de 2008; de la Sala 4ª de 13 de octubre de 1999; y de la Sala 6ª de 13 de enero de 2000.

Esta doctrina jurisprudencial se sigue reiterando en sentencias más recientes, como la de 16 de septiembre de 2009, de la Sala 3ª, dictada en recurso de casación número 243/99, que ya aplica la legislación vigente contenida en la LRJ-PAC. Extractando la doctrina fijada en esta última, pueden destacarse los siguientes aspectos en relación con la responsabilidad patrimonial derivada de anulación de actos o resoluciones administrativas:

- El principio de responsabilidad de la Administración que proclama el artículo 106 de la Constitución, está limitado, por expresa disposición del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, a aquellas lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.
- Ello exige la necesaria concurrencia de la antijuricidad del daño, puesto que no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquélla que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa.

➤ Por otro lado el art. 142.4 de la LRJ-PAC dispone 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, lo que no es sino una confirmación de un principio general consagrado en nuestra legislación en virtud del cual, si bien no toda resolución judicial anulatoria comporta, *per se*, la obligación de indemnizar, tampoco ha de entenderse que se excluya la posibilidad de dicha reparación cuando concurren el resto de los requisitos exigibles, de conformidad con las disposiciones que regula la materia, contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

➤ Como hemos señalado en sentencia de 8 de mayo de 2007, la antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia como requisito para dar lugar a la responsabilidad patrimonial; baste al efecto la referencia a la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003).

➤ El artículo 142.4 de la LRJ-PAC, al disponer que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, 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, a saber, 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.

➤ El precepto que nos ocupa no se puede interpretar 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. Como recoge la memoria del Consejo de Estado del año 1990, "el artículo 40 que examinamos (se refiere al de la antigua LRJAE) sólo dice que "no presupone", es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo presupuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios, si concurren los requisitos establecidos legalmente".

➤ Todo ello es conforme con la sentencia de fecha 20 de febrero de 1989 que, afirmando la tesis de que la responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente, expresamente rechaza la tesis de lo que se ha denominado "margen de tolerancia". Dicha tesis, que pudiere ser aplicada en casos extremos, pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos establecidos en la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; ello porque, como continúa diciendo la sentencia de referencia, en todos los procesos se discute con más o menos fundamento para la oposición y de esta forma se constituiría en excepción lo que viene establecido como norma general, de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización en el sentido de darlo por supuesto, 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 antijuricidad de la lesión al existir causas de justificación en

el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración.

➤ De lo hasta aquí dicho 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 de la LRJ-PAC 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 estos 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.

➤ Los efectos de daño evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido no ofrecen mayores peculiaridades en unos y otros supuestos, funcionamiento de servicios públicos y anulación de resoluciones administrativas, ya que la realidad del daño es un hecho objetivo invariable en ambos supuestos y la determinación

de concurrencia de relación de causalidad responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto a los mismos criterios valorativos; en consecuencia 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. Ello permite abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, a 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.

➤ El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de esta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza. Esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.

➤ 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 Constitución. Cuando el actuar de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables deberá 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 lleve a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

➤ Este criterio ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a estos, 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. 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 sus resoluciones.

En resumen, la jurisprudencia 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.

II.4ª. Sobre la antijuridicidad del daño en el caso que es objeto de dictamen

La reclamación presentada por el señor ... pretende la reparación del daño sufrido por la desestimación de su solicitud de autorización para la apertura de una oficina de farmacia en la calle ... número ... de ..., presentada el día 10 de septiembre de 2002.

La solicitud fue rechazada por la supuesta preferencia que tenía doña ..., que previamente (el día 3 de julio de 2002) había formulado una petición de licencia para establecerse en un local sito en la avenida de Navarra número 8 de ..., distante menos de 150 metros del local donde pretendía iniciar su actividad profesional el señor

En el momento en que el reclamante presentó su solicitud, la de la señora ... había sido denegada, mediante Resolución 1.268/2002, de 19 de agosto, del Director General de Salud, porque *“el local designado no existe en sus elementos constructivos básicos en el momento de realizarse la solicitud de autorización de apertura de farmacia”*. Sin embargo, esta resolución había sido recurrida por la interesada, que obtuvo —más tarde— una resolución favorable del Gobierno de Navarra, de la que se derivó el efecto ineludible de la desestimación de la solicitud del señor ..., cuya tramitación había sido suspendida a resultas del recurso de alzada presentado por la señora

La cuestión se centra, por tanto, en determinar si el daño sufrido por el reclamante es o no un daño antijurídico, lo cual depende, a su vez, de que la autorización concedida a la señora ..., con la que resultaba legalmente incompatible la solicitada por el señor ... y que resultó anulada posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, suponía o no el ejercicio de facultades discrecionales o implicaba un juicio o valoración en el que el Gobierno de Navarra dispusiese de un margen de apreciación razonable para pronunciarse a favor de la autorización solicitada por la señora

De la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra número 461/2005, de 9 de mayo, que estimó los recursos interpuestos por el señor ... se desprende que la solicitud de autorización para la apertura de una oficina de farmacia presentada por la señora ... lo era para instalarla “sobre terreno” de su

propiedad, y que acompañó a su solicitud copia simple de la escritura de compra “del solar” en el que pretendía ubicar la farmacia, así como un anteproyecto suscrito por arquitecto superior, visado, descriptivo de las obras a realizar para la construcción de la farmacia. En el certificado técnico suscrito por el arquitecto se dice: *“El local destinado a albergar el despacho de farmacia se encuentra sin construir, por lo que se trataría de una obra de nueva planta”*.

Se afirma también en el fundamento primero de la sentencia que el día 13 de septiembre de 2002, el Jefe de la Sección de Inspección de Centros y Actividades Sanitarias, se personó en el municipio de ... y elaboró un informe con apoyo fotográfico relativo al estado en que en ese momento se encontraba el solar. En él se dice que *“el expediente 149/2002, resuelto en la Resolución 1268/2002, de 19 de agosto, denegó la autorización de una oficina de farmacia de Dña. ..., debido a que el local propuesto no reunía los criterios constructivos básicos ya que era un solar cerrado (un corral en la denominación de la zona)”*. En las fotografías tomadas en el momento de la visita se observan unas obras de construcción de un edificio de nueva planta del que ya se ha realizado la cimentación y los pilares.

De la prueba pericial practicada en el proceso se deduce que el local construido por doña ... es nuevo en su totalidad; no se ha aprovechado la nave almacén preexistente en el solar y están separados uno de otro 12 metros; y que *“la farmacia se ha levantado sobre un solar vacío y limpio; no se ha aprovechado nada del almacén preexistente, porque previamente a la construcción de la farmacia no había nada. Lo único que se ha aprovechado y ello de forma parcial es la pared medianil que separaba el solar adquirido por Dña. ... del solar contiguo. Todo ello se aprecia perfectamente en la cédula parcelaria aportada”*.

La autorización previa para la apertura de oficinas de farmacia se encuentra regulada en el artículo 24 de la Ley Foral 12/2000, de 16 noviembre, de Atención Farmacéutica de Navarra, cuyo apartado 1 establece que “la apertura de oficinas de farmacia queda sujeta a autorización administrativa del Departamento de Salud, previa comprobación de que tanto el titular o titulares como los locales propuestos, y su correspondiente equipamiento, reúnen las

condiciones exigidas en la legislación básica del Estado, en la presente Ley Foral y demás normativa que le sea de aplicación”.

Este precepto legal fue desarrollado por el artículo 4.2.b) del Decreto Foral 197/2001, de 16 julio, cuya redacción originaria (en vigor en el año 2002, cuando presentaron sus solicitudes los interesados), era del siguiente tenor:

“2. La solicitud se realizará mediante instancia dirigida al Departamento de Salud, que irá acompañada de la siguiente documentación, original o compulsada:

(...)

b) Designación del local donde pretenda ubicarse la oficina de farmacia, a cuyo efecto se acompañará la siguiente documentación:

–Documento acreditativo del título jurídico que garantice el derecho real de disfrute y la disponibilidad de local para el ejercicio de la actividad de oficina de farmacia. El Departamento de Salud podrá requerir a quien figure como propietario de dicho local que acredite la propiedad del mismo mediante la correspondiente escritura o anotación registral.

–Certificado oficial emitido por técnico competente, con mención del estado de construcción, superficie útil, características del local, incluyendo el número de plantas y su altura, condiciones del acceso a la vía pública, y distancia a otras oficinas de farmacia abiertas y/o autorizadas.

–Planos de situación, de medición de distancias, y del local a escala, con detalle de la distribución actual y la prevista.”

El primer guión de este párrafo fue anulado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 25 de marzo de 2003, recaída en recurso 871/2001, que consideró *ultra vires* la exigencia de acreditar el título jurídico que garantice el derecho real de disfrute y la facultad del Departamento de Salud de "requerir a quien figure como propietario de dicho local que acredite la propiedad del mismo mediante la correspondiente escritura o anotación registral", por no ser adecuado a la causa del acto, que debe limitarse a controlar si el local propuesto reúne las condiciones objetivas de ubicación y configuración estructural requeridas para la instalación de una oficina de farmacia. La citada sentencia fue confirmada por la del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2005 (recurso de casación 4470/2003).

La redacción que posteriormente se dio al párrafo anulado eliminó el requisito de la acreditación de la titularidad real. No es necesario insistir sobre ello porque no afecta a nuestro problema.

La propuesta de resolución de la instructora y el proyecto de orden foral conclusivo del expediente que ahora nos ocupa se decantan a favor del reconocimiento del derecho a indemnización de los daños causados al reclamante, con los argumentos que seguidamente extractamos:

- a) El artículo 24 de la LFAF somete la apertura de oficinas de farmacia a autorización previa comprobación de que los locales propuestos, y su correspondiente equipamiento reúnen las condiciones exigidas; el artículo 4 del Decreto Foral 197/2001 exige la designación del local donde pretende ubicarse la oficina de farmacia, acompañada, entre otra documentación, del certificado técnico con mención del estado de construcción, características, etc.
- b) La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1985 dice que *“basta un local que reúna los elementos constructores (sic) básicos y se encuentre en condiciones de programable ocupación dentro de los seis meses prorrogables por otros tres más, siguientes a la notificación de apertura; ...la circunstancia de que el local de autos no se encuentre aún completamente delimitado por los correspondientes tabiques divisorios no constituye situación que no sea fácilmente superable dentro del plazo citado, sin que a ello se oponga la alegación que dicha doctrina engendra el peligro de que pueda subvertirse con fraude de ley la regla de prioridad de las peticiones, porque en el caso de autos ese problema no es planteable, dado que no existen peticionarios que concurren con el demandante y solamente en el supuesto de que se diese esa concurrencia existirían términos hábiles para entrar a determinar si el ofrecimiento de local en condiciones de incompleta delimitación física y su comparación con los ofrecidos por los posteriores peticionarios constituye un efectivo fraude de ley y, por tanto, si éste debe corregirse mediante la negación del derecho de prioridad indebidamente conseguido por esa conducta*

fraudulenta".

- c) En el presente caso, no existió *"en la primera solicitud de la señora ... designación de un local, dado que, como se ha referido, se señalaba que el local destinado a albergar el despacho de farmacia se encuentra sin construir por lo que se trataría de una obra de nueva planta"*.

En resumidas cuentas, se propone la estimación la reclamación del interesado porque se considera que es exigible, al menos, que exista un local que reúna los elementos constructivos básicos -tal como se desprende de la citada sentencia de 26 de junio de 1985- y en la solicitud de la señora ... no concurría este requisito, de donde resulta la ilegalidad del Acuerdo del Gobierno de Navarra que estimó su recurso de alzada e impidió que se concediera licencia al señor ..., sin que el Gobierno de Navarra dispusiese de margen de discrecionalidad o valoración para aplicar las disposiciones vigentes.

Este Consejo de Navarra no comparte en su totalidad los argumentos expuestos en la propuesta de resolución porque la exigencia de *"elementos constructivos básicos"* no se contiene de forma expresa y clara en la ley, sino que ha sido deducida de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1985, cuyas conclusiones no se pueden extrapolar al caso presente porque se refiere no sólo a un supuesto de hecho distinto, sino que en ella se aplica también una disposición reglamentaria radicalmente diferente a lo que ahora se dice en las normas vigentes.

En efecto, el supuesto de hecho contemplado por la citada sentencia estaba sometido al artículo 2.1 del Decreto de 31 de Mayo de 1957, que imponía el requisito de que existiese un local completamente construido y en condiciones de ocuparse en el momento de hacerse la petición. Decía literalmente este precepto:

"Artículo segundo. Uno.- Los farmacéuticos que deseen abrir una farmacia nueva dirigirán sus peticiones, en instancia razonada, al Presidente el Colegio Oficial de Farmacéuticos respectivo, acompañando a ella, obligatoriamente, un plano o croquis en el que se señale, con toda exactitud, el local en que se pretenda emplazarla.

Este local, en el momento de hacerse la petición, habrá de estar completamente constituido y en condiciones de ocuparse.”

La sentencia invocada por el proyecto de orden foral no hace sino disminuir o mitigar el rigor del precepto reglamentario a la luz del principio pro apertura, en beneficio de la mejor prestación del servicio a los ciudadanos, diciendo que

“respecto de tal particular existe una nutrida jurisprudencia, que con unidad de criterio consagrado entre otras, en las Sentencias de 24 de abril de 1968, 13 de mayo de 1969, 29 de octubre de 1970, 17 de noviembre de 1978, 25 de junio de 1979, 21 de diciembre de 1981 y 4 de mayo de 1982, ha establecido que al fijar el párrafo 2.º del n.º 1, del art. 2 del Decreto de 31 de mayo de 1957, el requisito del local completamente construido y en condiciones de ocuparse en el momento de hacerse la petición, lo que la Ley exige es que dicho local exista en sus elementos constructivos básicos y en condiciones de programable ocupación o instalación de la farmacia solicitada, ya que la precisión legal tiene como finalidad evitar que se inicien expedientes sin base previa de edificación adecuada, tal como reconocen las de 23 de enero, 13 de mayo y 25 de septiembre de 1961, 19 de mayo de 1962, 27 de abril de 1965, 29 de octubre de 1970 y la ya citada de 21 de diciembre de 1981, sin que evidentemente pretenda que el local aparezca conformado a las exigencias de la mencionada instalación, ya que la acomodación específica del local para el ejercicio de la función farmacéutica, se efectúa con posterioridad a la autorización concedida, ya que no en balde la apertura de la farmacia autorizada puede efectuarse dentro del plazo de seis meses posteriores, prorrogables por tres meses, digo más en caso de existir causa justificada, exijan que al tiempo de presentarse la solicitud, tasa que justificase el derecho a ocupar el local designado, ya que dicha justificación, como el propio precepto regula, habrá de realizarse en el plazo improrrogable de un mes contado a partir de la autorización notificada, transcurrido el cual, sin acreditar dicho requisito quedará sin efecto la autorización concedida”.

La opinión del Tribunal Supremo contenida en la sentencia citada fue emitida ante un caso en que la norma reglamentaria aplicable decía que el local “*habrá de estar completamente constituido y en condiciones de ocuparse*” en el momento de presentarse la solicitud de autorización de apertura.

La legislación foral aplicable al caso que ahora nos ocupa ha relajado los extraordinariamente rígidos criterios del Decreto de 31 de mayo de 1957, de

forma que ya no se exige un local “completamente constituido y en condiciones de ocuparse” en el momento de la presentación de la solicitud. Basta, según el texto literal de la LFAF, que los locales propuestos cumplan los requisitos exigidos; y, según el Decreto Foral 197/2001, que se designe un local y se acompañe cierta documentación relativa a su estado y características.

Se deduce de estos preceptos que no es necesaria la designación de un local completamente construido y que reúna todos los requisitos y condiciones que deben concurrir en el momento en que se proceda a la apertura al público de la oficina de farmacia. Pero el local debe existir como tal local, no siendo suficiente la designación de un solar o terreno no edificado, tal como hubo de declarar el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la sentencia que anuló el acuerdo del Gobierno de Navarra por el que se autorizó la apertura de la oficina de farmacia de la señora

Entendemos, por tanto, que, a pesar de que el requisito legal y reglamentario no es absolutamente preciso y puede admitir un cierto margen de apreciación, el margen de la libre valoración de que disponía el Gobierno de Navarra no llegaba hasta el extremo de considerar que un solar acompañado de un proyecto de construcción pudiese ser considerado como un local en el sentido de la legislación vigente.

Así pues, el análisis de las circunstancias del caso a la luz de la legislación y la doctrina jurisprudencial que ha sido citada y expuesta en el cuerpo de este dictamen, nos llevan a la conclusión de que el daño causado a don ... fue un daño antijurídico que éste no tenía obligación de soportar.

II.5ª. Sobre la valoración del daño

En cuanto a la valoración del daño, consta en el expediente la aceptación por parte del interesado de la cantidad estimada por los técnicos de la Administración, que ha sido incorporada a la propuesta de resolución. A la vista de ello y de que los informes técnicos se encuentran suficientemente fundados, este Consejo de Navarra no tiene nada que objetar al respecto.

III. CONCLUSIÓN

La reclamación, formulada por don ..., de indemnización de daños sufridos por la denegación de apertura de oficina de farmacia en la calle ... número ... de ... debe ser estimada en los términos que se contienen en la propuesta de resolución que obra en el expediente.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.