

Expediente: 24/2013

Objeto: Reclamación sobre responsabilidad patrimonial por daños derivados de la denegación de autorización para apertura de oficina de farmacia.

Dictamen: 23/2013, de 25 de junio

DICTAMEN

En Pamplona, a 25 de junio de 2013,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Eugenio Simón Acosta, Presidente; doña María Asunción Erice Echegaray, Consejera-Secretaria; y los Consejeros doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don Alfredo Irujo Andueza, don José Antonio Razquin Lizarraga y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente doña María Asunción Erice Echegaray,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación de la consulta

El día 17 de mayo de 2013 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta del Gobierno de Navarra por el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1, en relación con el artículo 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 (en adelante, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo de este Consejo sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, formulada por doña..., por daños derivados de la denegación de autorización para apertura de oficina de farmacia.

Se acompaña el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, que incluye la propuesta de resolución, y la Orden Foral 52/2013, de 8 de mayo, de la Consejera de Salud, 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 de fecha 18 de abril de 2012, doña... formuló reclamación de indemnización (que finalmente se cifra en la cantidad de 524.563,60 euros) por los daños que, a su juicio, se le habían ocasionado por la denegación, con fecha 12 de febrero de 2008, de autorización para apertura de oficina de farmacia en la localidad de Pamplona.

En el reseñado escrito se expone por la reclamante, en esencia, lo que sigue.

Con fecha 23 de octubre de 2007, la referida señora presentó una solicitud de autorización para la apertura de una oficina de farmacia en un local sito en la..., número..., trasera, de Pamplona.

La solicitud fue denegada mediante Resolución 276/2008, de 12 de febrero, del Director General de Salud, por entenderse que no había una distancia de, al menos, 150 metros entre la farmacia proyectada y las ya existentes en la zona.

Interpuesto recurso de alzada contra dicha Resolución, el mismo fue desestimado mediante Orden Foral 98/2008, de 19 de agosto, de la Consejera de Salud.

Contra dicha Orden Foral interpuso la interesada recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Alegaba en el mismo infracción del artículo 24.1 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica (en adelante, LFAF), 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.

Con fecha 16 de diciembre de 2009, la citada Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó sentencia número 584/2009, estimatoria de las pretensiones de la recurrente y declaratoria del derecho de ésta a abrir una oficina de farmacia en el lugar por

ella solicitado. Interpuestos recursos de casación contra dicha sentencia por la Comunidad Foral de Navarra y por determinadas titulares de oficinas de farmacia situadas en las inmediaciones de la proyectada, los mismos fueron desestimados mediante sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011. Así pues, como se declaró expresamente en dicho pronunciamiento, la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra quedó firme.

Considera en la actualidad la reclamante de la responsabilidad patrimonial que el acto por el que se resolvió su solicitud de autorización de apertura de una oficina farmacia era un acto reglado, consistente tan sólo en determinar cuál era “el recorrido peatonal más corto” entre la farmacia proyectada y las ya existentes. En consecuencia, afirma, la Administración no disponía de un margen de apreciación, pues la norma era clara al respecto.

Por ello, estima la peticionaria que la denegación de la autorización para abrir una oficina de farmacia en el local mencionado, luego revocada por los Tribunales, le causó un daño antijurídico cuya indemnización ahora postula (y que finalmente se cifra en la cantidad de 524.563,60 euros). El daño se concreta, según alega, en el lucro cesante (pérdida de ingresos hasta el momento en que la farmacia fue abierta, así como los gastos en los que incurrió para lograr tal apertura), en honorarios de abogado y procurador, en gastos de aval bancario y en intereses de un crédito solicitado para su subsistencia. Así mismo se reclaman los intereses legales de dicha cantidad.

B) Iniciación e instrucción del procedimiento

Por Orden Foral 42/2012, de 26 de junio, de la Consejera de Salud, se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la referida peticionaria. 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 lo sucesivo, LFACFN) y el nombramiento de instructora. En la misma orden se acordó comunicar que el plazo máximo establecido para la resolución y su notificación es de seis meses desde que se inicia el procedimiento, y que, si en el plazo señalado no recae resolución expresa, se podrá entender desestimada la reclamación. Igualmente se decidió trasladar la

mencionada orden foral a la Secretaría General Técnica y al Servicio de Ordenación y de Inspección Sanitaria, y notificarla a la interesada, a la instructora del procedimiento y a la Correduría de Seguros

La instructora del procedimiento, con fecha 26 de julio de 2012, solicitó del Servicio de Ordenación e Inspección Sanitaria la emisión de informe en relación con dicha petición.

C) Audiencia, alegaciones y conclusión del expediente

Finalmente, el expediente se puso de manifiesto a la reclamante, que formuló alegaciones. 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 por ella aportado.

Igualmente compareció en dicho trámite la representante legal de la entidad aseguradora de la Administración, quien se opuso a la reclamación presentada.

Constan en el expediente el informe-propuesta de la instructora del procedimiento y el proyecto de orden foral por la que se desestima la reclamación formulada por la solicitante.

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 materias, a “reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a veinte millones de pesetas” (120.202,42 euros). Así mismo, el artículo 82.1 de la citada LFACFN contempla, en el procedimiento general de responsabilidad patrimonial de la referida Administración, el trámite del dictamen del Consejo de Navarra, “en caso de que sea legalmente preceptivo”.

Por su parte, el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), en la redacción dada al mismo por la disposición final cuadragésima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dispone, en su inciso final, que “en el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”.

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

El procedimiento se ha tramitado de acuerdo con las reglas fijadas al efecto en la citada LFACFN, en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, 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 (en adelante, LRJAE), ha alumbrado hace años una línea jurisprudencial que se manifiesta, entre otras, en las sentencias de la Sala 3ª 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:

- a) 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 LRJ-PAC, a aquellas lesiones producidas al

particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

- b) 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.
- c) Por otro lado, el artículo 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.
- d) Como se señala por el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de mayo de 2007, la antijuricidad 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 de junio de 1988, 29 de mayo de 1989, 8 de febrero de 1991 y 2 de noviembre de 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 se pronuncian las sentencias del mismo Tribunal, de 31 de octubre de 2000 y de 30 de octubre de 2003.

- e) 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".
- f) 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 LRJAE 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.

- g) 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.
- h) 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.

- i) 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.
- j) 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 ésta 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.
- k) 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. 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.

- I) 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. Improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios solicitada.

Como hemos expuesto más arriba, la Resolución citada del Director General de Salud denegó la autorización para la apertura de oficina de farmacia instada por la peticionaria por entender que la distancia, medida por el camino peatonal más corto, entre la proyectada farmacia y otras existentes en las inmediaciones era inferior a 150 metros.

Sobre el particular, el artículo 27.3 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre de 2000, de Atención Farmacéutica de Navarra, dispone lo siguiente: “La distancia entre todas las oficinas de farmacia que se autoricen en virtud de lo establecido en la presente Ley Foral será como mínimo de 150 metros, medidos por el camino peatonal más corto”. Por su parte, el artículo 9 del Decreto Foral 197/2001, de 16 de julio, por el que se dictan normas de desarrollo de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica en materia de Oficinas de Farmacia, establece que “La medición de las distancias se practicará por el camino peatonal más corto, normalmente accesible con comodidad, y será acreditada mediante informe pericial suscrito por técnico competente. El Departamento de Salud podrá practicar las actuaciones que en su caso estime necesarias a fin de comprobar que se guarda la distancia mínima de los 150 metros (...)”.

Pues bien, como queda recogido en el expediente instruido para la resolución de la petición de autorización de apertura de oficina de farmacia presentada por la hoy reclamante, recibida dicha solicitud, se dio traslado de la misma al instructor del procedimiento.

Y, tramitado el mismo, dicho instructor, tras hacer un reconocimiento de la zona y adjuntar un informe fotográfico sobre el particular, elevó, con fecha 8 de febrero de 2008, propuesta de resolución denegatoria de la petición, “por no existir la distancia que exige la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica”. Basaba su propuesta, en síntesis, en la consideración de que la medición podía hacerse atravesando la..., pues en ella estaba prohibida, mediante dos señales de tráfico, la circulación (salvo para determinados servicios). A dicha propuesta dio su visto bueno la Directora del Servicio de Asistencia Sanitaria.

Obraban, así mismo, en el expediente diversos informes que avalaban la tesis de que la... era de uso peatonal. Es cierto, sí, que existían informes contrarios a este parecer, presentados principalmente por la peticionaria, pero obraban, como decimos, informes claros que sustentaban la tesis de que la medición debía hacerse de la manera que finalmente acogió la Resolución del Director General de Salud. En efecto, el informe del Grupo de coordinación de tráfico del Ayuntamiento de Pamplona, de 8 de mayo de 2005, afirmaba que la vía que nos ocupa “es una vía restringida, excepto para los usuarios de garajes y servicios, tal y como indica la señalización”. Y se decía seguidamente que “los peatones pueden cruzar de un lado a otro con precaución”. Así mismo, el posterior informe de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona, de 26 de diciembre de 2008, describe la... como una parcela de uso y dominio privado con servidumbre de uso público sobre rasante. Su uso, se dice, es de Área libre de uso público, diferenciada de la red viaria circundante comprendida por las calles... y... Igualmente, el informe de dos Letrados del Colegio de Abogados de Pamplona, de fecha 4 de enero de 2008, al que se acompañó el plano de “usos y tipologías” del Plan Municipal, habla de la plaza como área libre o como gran zona o “espacio libre peatonal”, perfectamente distinguible de lo que constituye la red viaria (precisando, incluso, que el coloreado de la zona libre, en amarillo, es totalmente independiente y separado del coloreado, blanco, de la zona viaria).

Por todo ello, la Resolución 276/2008, de 12 de febrero, ya precisó que el nudo de la cuestión estribaba en determinar el recorrido que había que realizar, para efectuar la medición de la distancia entre farmacias, entre el local

propuesto por doña..., hoy reclamante, y el que ocupa la oficina de doña...

Y sobre tal particular, dicha Resolución, tras consignar que la solicitante y cuatro farmacéuticas personadas en el expediente como interesadas aportaban informes de la Policía Municipal y documentación urbanística y geográfica de diversa procedencia, aparentemente contradictoria entre sí, señalaba que el recorrido peatonal más corto que determina la referida Ley Foral “puede medirse sin necesidad de prolongarlo por la zona de la glorieta. Resulta así que la medición válida es de 117,76 metros”.

Y para llegar a tal conclusión se explica en la Resolución que “la zona del recorrido es una plaza delimitada por la..., los edificios que la circundan y un acceso desde la calle...”. Seguidamente se detalla que “este acceso consta de una zona viaria, que un informe municipal califica como “vía restringida” con dos áreas laterales, delimitadas por una serie de bolardos, elevadas sobre la anterior y con una altura inferior a la habitual de las aceras de Pamplona. En el punto de acceso a esta vía restringida desde la calle..., que es perpendicular a esta calle, hay una señal de tráfico del Ayuntamiento de Pamplona de prohibido el paso (señal R-100) que, de acuerdo con la legislación vigente, significa “prohibición de circulación de toda clase de vehículos en ambos sentidos”, debajo de la cual hay un cartel que dice “excepto parking y servicios”.

Prosigue la Resolución explicando que “una vez sobrepasado el punto de acceso, la zona viaria gira a la izquierda, y en la parte de la derecha hay una zona delimitada por bolardos que da acceso a una rampa de entrada a un parking particular. En la parte de la izquierda, justo en frente del acceso al parking hay una nueva señal, también R-100, bajo la cual un cartel dice: “excepto vehículos de urgencias”. Si seguimos por la zona viaria, que sigue delimitada por bolardos y con la misma diferencia de nivel entre las dos zonas, vemos que la zona viaria avanza hasta una glorieta, que una vez realizado el giro, nos haría volver por el mismo camino y regresa a la entrada en la calle... En esta zona radica la diferencia entre los dos recorridos propuestos. El de la solicitante va por la “zona peatonal” que rodea la “zona viaria” de la glorieta, mientras que el otro atraviesa la zona viaria, prácticamente detrás de la señal R-100 que menciona los servicios de urgencia”.

Se explica seguidamente que “la presencia de la citada señal de prohibición de circulación en unión de la excepción referida a los servicios de urgencia, que según el reglamento de circulación no deben vulnerar su prioridad de paso sin adoptar extremadas precauciones para evitar el riesgo de atropellar a peatones, nos indica que a partir de este punto no puede circular ningún vehículo que no esté prestando servicios de urgencia. Por tanto el recorrido peatonal más corto que determina la referida Ley Foral “puede medirse sin necesidad de prolongarlo por la zona de la glorieta. Resulta así que la medición válida es de 117,76 metros”.

Recurrida en alzada dicha decisión, la Consejera de Salud dictó la Orden Foral 98/2008, de 19 de agosto, desestimatoria del recurso interpuesto contra la referida denegación de autorización de apertura de oficina de farmacia. En ella, tras admitirse que la... está abierta al tráfico, se matiza que, sin embargo, por ella únicamente pueden circular con vehículos los vecinos y determinados servicios. Se consigna, así mismo, que no existe paso de peatones. Y se concluye que de la inspección ocular de la zona, acreditada mediante informe fotográfico obrante en el expediente, se deduce que “estamos claramente en una zona de paso inserta dentro de un gran camino o acera peatonal que va desde la... hasta la...”. Se insiste en que prácticamente no existe en tal plaza circulación, “puesto que únicamente pasan de forma ocasional vehículos de servicios o de vecinos que necesitan acudir al portal de su domicilio con el vehículo”. Se afirma que “cabe atravesar la zona de paso de un lado a otro apreciando que no haya riesgo o entorpecimiento a la circulación”. Y se dice que “lo contrario, supondría alargar la medición de una forma absolutamente artificial para conseguir una distancia superior a 150 metros, por un camino que en ningún caso se puede considerar como el camino peatonal más corto normalmente accesible con comodidad”.

Así mismo, en tal Orden Foral se hacía mención, entre otras consideraciones, a la sentencia número 500/2005, de 23 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que, en un supuesto que guarda cierta relación con el que nos ocupa, se revocó una decisión del citado Departamento de Salud (denegatoria de una autorización para oficina de farmacia), con base en las siguientes razones. Dice

así la referida sentencia:

“La calle... es una calle abierta al tráfico, pero puede ser cruzada por los peatones sin la necesidad de pasar por ningún paso habilitado especialmente para ello. Por la propia configuración de la plaza y porque a lo largo de la misma, no hay ningún paso de cebrá (...) La prioridad de paso que las normas de tráfico conceden a los vehículos (también en los pasos de peatones regulados por semáforos) no impide el paso de los peatones. Los vehículos circulan en una sola dirección a través de un vial delimitado por acera a un lado y bolardos en los límites de la plaza al otro, a lo largo del cual no hay paso de peatones. En el eje de la..., insistimos, no hay pasos de peatones (...) Sirven para cruzar en otras aceras; no para cruzar desde la plaza... a la acera de la misma contigua a la puerta de acceso a la farmacia de la recurrente. No hay que hacer caso ni dejar de hacérselo a los informes municipales sobre la regulación del tráfico de peatones y vehículos en la plaza... y en sus alrededores para percatarse de que dada la configuración de esas vías públicas, el camino peatonal más corto cómodo, accesible y directo entre la farmacia del demandado y la farmacia de la recurrente es el que atraviesa la plaza... el recorrido A en el plano que obra al folio 87 del expediente, y que según el informe emitido por el perito (...) determina una distancia de 117,00 metros lineales”.

Evidencia ello que la manera de medir los referidos 150 metros por el camino peatonal más corto (“normalmente accesible con comodidad”, en matización introducida por el citado Decreto Foral 197/2001, de 16 de julio, de desarrollo de la Ley Foral de Atención Farmacéutica de Navarra) no era una cuestión exenta de matices.

En efecto, como queda dicho, el Departamento de Salud del Gobierno de Navarra, en el momento del dictado de la Orden Foral relativa a la farmacia que nos ocupa, ya había visto revocada una decisión suya por la cual se autorizaba la apertura de una oficina de farmacia (por considerar dicha Administración que la distancia entre farmacias, superior, a su juicio, en tal caso enjuiciado, a 150 metros, había que medirla efectuando tan sólo un recorrido totalmente peatonal, no, como postulaba la recurrente, titular de una farmacia sita en las inmediaciones y opositora a la proyectada, atravesando calles abiertas al tráfico de vehículos). Pues bien, como decimos, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de 23 de mayo de 2005 (posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de noviembre de 2008), introdujo

matizaciones a esta cuestión y apreció, dentro del margen de valoración que permite la dicción de la ley, que en la zona a la que se refería el supuesto enjuiciado –calle...-, sus características hacían que pudiera entenderse que el recorrido peatonal podía realizarse cruzando la referida calle, cuyo carácter, como hemos dicho, de abierta al tráfico era innegable.

Así pues, bajo esas premisas, nada tiene de particular la decisión adoptada por la Administración en el caso que nos ocupa. En efecto, en el lugar al que se contrae el enjuiciamiento de los hechos, existían dos señales de tráfico, R-100, cuyo significado es el de “prohibición de circulación, excepto parking y servicios”. Así mismo, las características de la plaza (con escaso desnivel en la zona peatonal y la zona por la que sólo podían pasar los vehículos autorizados), el planeamiento urbanístico al que nos hemos referido, así como los muchos informes (si bien los había también contrarios a las tesis de la Administración sanitaria) que avalaban la posibilidad de que los peatones utilizaran la referida plaza para sus desplazamientos hacía razonable la tesis del Departamento de Salud. No se olvide, y esto es relevante, que a la postre, la concesión de permiso a la peticionaria pugnaba con los derechos de las titulares de las oficinas de farmacia ya establecidas en la zona. Dicho de otro modo, conceder un permiso que pudiera ser ilegal podía causar un perjuicio a otros sujetos de derecho. La decisión, por tanto, no era baladí, dados los muchos intereses -enfrentados- en juego.

Por este motivo, la Administración adoptó un criterio que estimó razonable. Y podemos decir que lo era (aun cuando finalmente haya sido anulado por los tribunales), por cuanto que consideró que la medición que proponía la peticionaria era “artificial”, desde un punto de vista lógico, efectuando una lectura de la ley al amparo del criterio que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra le había suministrado en la citada sentencia de 23 de mayo de 2005.

Pues bien, como hemos dicho más arriba, lo relevante para decidir si el daño es antijurídico no estriba tanto en los motivos dados para la anulación del acto (pues de suyo va que, en los casos que enjuiciamos, nos ocupa un acto declarado ilegal por los tribunales), sino en la razonabilidad o no de la

motivación efectuada en el acto que luego es objeto de anulación posterior. Y la motivación dada en el acto denegatorio de la autorización, así como en el desestimatorio del recurso de alzada interpuesto, es razonable, sin perjuicio, insistimos, de que finalmente no hayan sido considerados tales actos como ajustados a Derecho. Ésta es la esencia del precepto citado de la LRJ-PAC, que establece, como queda dicho, que la anulación de un acto no determina *per se* el deber de indemnizar el daño causado.

Y hemos dicho que existían unas señales de tráfico que prohibían el tránsito rodado, salvo para parking y servicios. Por esta razón, la Administración consideró que los peatones podían atravesar la plaza, y que, por ende, el recorrido peatonal razonable debía hacerse por este lugar. Y al efecto puntualizaremos que el hecho de que finalmente, al parecer, una de esas señales de tráfico fuera retirada no afecta a la cuestión que nos ocupa, pues, como la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 16 de diciembre de 2009, ya ha señalado, la situación fáctica a tener en cuenta para otorgar o no la autorización ha de ser la existente en el momento de la petición. Y en el momento de la petición, reiteramos, existían las dos citadas señales de tráfico, cuyo significado, como queda dicho, es el de prohibición de circulación, con las excepciones señaladas.

Pero, además, la decisión de la Administración no se basaba sólo en el informe, acompañado del reportaje fotográfico, del referido instructor del procedimiento, con el visto bueno de la Directora del Servicio de Asistencia Sanitaria. También obraban en el expediente los informes presentados por las farmacéuticas titulares de establecimientos con los que había que realizarse la medición. Y obraban igualmente informes de Arquitecta, de Letrados del Colegio de Abogados de Pamplona y del Ayuntamiento de Pamplona que avalaban la consideración de dicha plaza como de uso peatonal. Tales informes, así como, en particular, el informe citado de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Pamplona del año 2005 proporcionaban sustento a las tesis de la Administración.

En suma, puede afirmarse que la decisión del Director General de Salud, si bien finalmente se ha revelado como inadecuada (en virtud de la

impugnación del acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa) no se ha mostrado, sin embargo, como carente de razonabilidad. La Administración hizo un uso razonable de su potestad de valoración de un elemento que no es reglado en su totalidad: la definición de si dicha plaza, a la vista de la normativa urbanística, la normativa de tráfico y circulación viaria, el planeamiento municipal, los proyectos municipales de obras, la realidad fáctica, y la modulación que de ello han hecho los tribunales (nos referimos a la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, luego confirmada por el Tribunal Supremo, en la que se flexibiliza el concepto de recorrido peatonal, admitiendo que el mismo se pueda realizar por zonas abiertas totalmente al tráfico rodado), podía ser de uso peatonal. Y estimó, de forma no exenta de razonabilidad, que lo era.

Podemos, pues, concluir que el daño sufrido por la reclamante no es un daño antijurídico, pues la decisión ínsita en dicho procedimiento implicaba, a la postre, un juicio o valoración, no exento de dificultad, sin duda, acerca de si por dicha plaza, abierta sólo a un restringido tránsito rodado, podían deambular los peatones. Y la clave, como se ha dicho, residía en definir si las señales de tráfico, que prohibían con carácter general la circulación, salvo las excepciones señaladas, o, en otras palabras, que autorizaban sólo un restringido tránsito rodado, conferían o no al paso por la plaza el carácter de “camino peatonal” con el calificativo de “normalmente accesible con comodidad”. La cuestión, pues, como es obvio, no era sencilla. Prueba de ello, repetimos, es la existencia de tantos informes, de temática e índole variada (contradictorios entre sí en ocasiones), existentes al respecto en el voluminoso expediente instruido al efecto.

Y precisaremos que sobre un caso que guarda estrecha relación con el que nos ocupa (una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por daños derivados de una autorización, a favor de otra persona, de apertura de una oficina de farmacia, luego anulada por los Tribunales), el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en reciente sentencia de 29 de diciembre de 2012, ya ha señalado que:

“Pues bien, conforme a la anterior doctrina (del margen de tolerancia) rectamente aplicada no cabe sino concluir que las

demandantes no tienen derecho a indemnización alguna.

Debemos reiterar que atendemos en nuestra apreciación al aspecto (la valoración de la antijuridicidad) y no al aspecto subjetivo del actuar administrativo conforme a las peculiaridades del caso que nos ocupa.

a) Nos encontramos ante un acto (el anulado) que valoraba la distancia entre las farmacias no en su aspecto meramente métrico, sino tomando en consideración y valorando el punto de inicio y las vías circundantes y sus circunstancias de tráfico.

b) Los distintos aspectos que tuvo en cuenta la Administración al dictar el acto anulado, no exentos de complejidad valorativa (individual y conjunta) hace que no podamos apreciar traspasados por la Administración (a pesar de su nulidad) los márgenes de apreciación razonable y de tolerancia que han sido expuestos ut supra.

Es por ello, conforme a la doctrina expuesta, por lo que debe desestimarse la demanda en este aspecto pues la demandante queda compelida a soportar las consecuencias que derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión”.

Y repárese en que en esta sentencia se enjuicia, y esto es relevante, no ya un acto desestimatorio de una petición de indemnización, sino una inadmisión a trámite de la petición deducida (inadmisión a trámite de la petición, en virtud de la cual la Administración quedaba exonerada de la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial). Pues bien, el Tribunal estima dicha inadmisión a trámite ajustada a Derecho. Y ello permite, pues, inferir que consideraba el Tribunal que la complejidad de la cuestión de “la distancia entre las farmacias” avalaba, como razonable, diremos, la motivación de la Administración, y excluía, por tanto, el deber de indemnizar, aun cuando la decisión de autorización de la apertura de la farmacia finalmente hubiera sido revocada por los Tribunales.

Por su parte, la propuesta de resolución de la instructora y el proyecto de orden foral finalizadora del procedimiento que ahora nos ocupa propugnan, como ya se ha dicho, la desestimación de la petición de indemnización de los daños causados a la reclamante, por entender, en síntesis, que el daño causado no merece la calificación de antijurídico.

Pues bien, el análisis de las circunstancias del caso, a la luz de la legislación y la doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta en el cuerpo de

este dictamen, nos llevan a la conclusión de que en el daño causado a doña... no concurre la nota de la antijuridicidad.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que debe desestimarse la reclamación, formulada por doña..., de indemnización de daños sufridos por la denegación de autorización para apertura de oficina de farmacia en la..., número..., trasera, de Pamplona.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.