

Dictamen Núm. 64/2024

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de abril de 2024, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, y la abstención de doña María Isabel González Cachero en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 7 de noviembre de 2023 -registrada de entrada el día 13 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños producidos como consecuencia del cierre forzoso de una oficina de farmacia.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 14 de marzo de 2023, la interesada presenta a través del Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial -frente a la

Consejería de Salud del Principado de Asturias- por los daños y perjuicios producidos como consecuencia del cierre forzoso de una oficina de farmacia.

Expone que “por Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios (...) de 14 de junio de 2002, dictada en aplicación del reglamento aprobado por Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, se convocó concurso para la autorización (...) de nuevas oficinas de farmacia en varias zonas farmacéuticas del Principado de Asturias”, y que “mediante Resolución de 5 de diciembre de 2002, de la entonces Consejería de Sanidad y Servicios Sanitarios, fueron elevadas a definitivas las puntuaciones de los concursantes admitidos (...), abriéndose un período de elección de zona a los (...) que hubieran optado a más de una de ellas”.

Manifiesta que por “Resolución del Consejero de 27 de septiembre de 2005 le fue concedida (...) autorización a designar un local para la instalación de una nueva oficina de farmacia en la Zona Básica Sanitaria (...) V.10, correspondiente a Gijón, concediéndole un plazo de dos meses”, y que “en cumplimiento de lo señalado en las bases de la convocatoria para designar local en la zona autorizada (...) adquirió un local (...), financiando dicha adquisición mediante un préstamo hipotecario por importe de 345.000 € (...). Cumplido el requisito de designación de local, mediante Resolución del Consejero de 26 de abril de 2007 se le concedió la autorización para la apertura en el local designado (...). Finalmente, a la vista del acta favorable de apertura y funcionamiento de 31 de octubre de 2007 (...), mediante Resolución del Consejero de 15 de noviembre de 2007 se le concede autorización para la apertura de la farmacia, estando la oficina plenamente operativa desde esa fecha”.

Señala que cuando la Consejería de Sanidad dictó las Resoluciones de autorización de apertura de farmacia, autorización de local y apertura de farmacia “tenía conocimiento de que tanto la Resolución de 14 de junio de 2002, por la que se convocó el concurso público para la autorización (...) de apertura (...), como el Decreto 72/2001, de 18 de junio, de ordenación de oficinas de

farmacia y botiquines del Principado de Asturias (*sic*), así como la Resolución de 5 de diciembre de 2002, por la que se elevaron a definitivas las puntuaciones de los aspirantes, habían sido recurridas” ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, “sin que en esas fechas hubiese recaído sentencia, y pese a ello dictó las sucesivas Resoluciones (...) para la efectiva apertura de la oficina de farmacia”, sin que la compareciente hubiera sido “emplazada como interesada en los citados recursos (...), por lo que ignoraba la existencia de los mismos”.

Indica que “transcurridos 5 años desde la apertura de la farmacia (...) se vio sorprendida por (la) Resolución de 6 de noviembre de 2012, dictada por la Consejería de Sanidad, ordenando retrotraer las actuaciones en cumplimiento de lo ordenado por las sentencias recaídas en los recursos contencioso-administrativos (...) en los que se había impugnado la Resolución de 14 de junio de 2002 (...), la Resolución de 5 de diciembre de 2002 (...) y el Decreto 72/2001, de 18 de junio (*sic*) (...), a fin de tener en cuenta la documentación presentada por (un) concursante (...), otorgar 2,824 puntos más a (otra concursante) y no otorgar más valor a los méritos profesionales adquiridos en el Principado de Asturias que a los adquiridos fuera” fuera de la Comunidad Autónoma. Reseña que “en ejecución de dichas sentencias la Consejería de Sanidad dictó (la) Resolución de 6 de noviembre de 2012 (...), haciendo constar (...) que en tanto no se procediese a la total ejecución de las citadas sentencias se podría promover contra la misma incidente de ejecución (...). Dado que la compareciente no fue emplazada en dichos recursos, no fue hasta que por la Consejería de Sanidad se dictó la Resolución de 6 de noviembre de 2012, que ordenó la retroacción de las actuaciones, cuando tuvo conocimiento de que la convocatoria había sido impugnada./ Esta Resolución fue confirmada por la Sala en 22 de abril y 23 de julio de 2013, dictados en el procedimiento de ejecución definitiva de la Sentencia de 30 de noviembre de 2010 (...), que fueron confirmados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de diciembre de 2014”.

Explica que “en ejecución de estas sentencias, y con la nueva baremación, por Resolución de 17 de septiembre de 2013 se hizo la nueva puntuación provisional y por Resolución de 31 de enero de 2014 se aprobó la definitiva, como consecuencia de la cual la compareciente recibe una puntuación inferior, por lo que le fue otorgada a otra concursante (...) la autorización de apertura de nueva farmacia en la misma zona básica sanitaria en la que previamente se le había concedido a la compareciente (...), pero sin declarar la nulidad ni revocar la autorización concedida previamente a esta con fecha 27 de septiembre de 2005./ La compareciente recurrió *ad cautelam* la Resolución de 31 de enero de 2014” por entender que “al ejecutar las sentencias y volver a aplicar el baremo la Administración estaba obligada a respetar las resoluciones administrativas que había ido dictando durante el largo período de tramitación de los pleitos, por las que se autorizó la efectiva apertura de la farmacia, dado que habían quedado firmes, recurso que fue desestimado por Sentencia de (...) 22 de septiembre de 2015, contra la que (...) interpuso recurso de casación (...) que fue (...) desestimado por Sentencia (...) del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2018”, constando en la citada Sentencia que “la Resolución de 31 de enero de 2014 que aprobó la nueva baremación no pretendía cerrar su farmacia (es decir, dejar sin efecto actos firmes), señalando que esa cuestión debería plantearse en otro ámbito”.

Aclara que “antes de que por el Tribunal Supremo se dictase la Sentencia de 21 de febrero de 2018 la persona que obtuvo la autorización tras la nueva baremación dejó pasar el plazo para designar local, por lo que mediante Resolución de la Consejería de Sanidad de 21 de julio de 2015, en aplicación de lo dispuesto en el art. 14.3 del Decreto 72/2001, de 19 de julio (...), se declaró la pérdida de la autorización otorgada para la instalación de una nueva oficina de farmacia en la Zona Farmacéutica (...) a la que había optado la compareciente./ Pese a la pérdida del derecho de la persona a la que se había concedido la autorización de la oficina de farmacia (...) tras la firmeza de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2018, la Consejería de Sanidad (...) no consideró hacer el ofrecimiento al siguiente de la lista, como (...) había hecho al

adjudicarla a (la compareciente) en el concurso inicial, y también al hacer las adjudicaciones tras la retroacción de actuaciones, y apartándose de dichos precedentes decidió iniciar de oficio un procedimiento dirigido al cierre de la farmacia de la compareciente amparado en el art. 23.2.d) de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de atención y ordenación farmacéutica (...), al considerar que debía aplicar el cierre forzoso como consecuencia de `sentencia firme`, ello pese a ser consciente de que la ejecución de las sentencias en las que justifica el cierre concluyó sin que la misma obligara a poner en cuestión la continuidad de la oficina de farmacia de la compareciente”.

Puesto que, según el informe de la Jefa del Servicio de Farmacia de 15 de junio de 2018, “las puntuaciones definitivas habían adquirido firmeza tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2018, y dado que consideraba que no procedía hacer el ofrecimiento al siguiente de la lista tras la pérdida del derecho de la persona a la que se le había concedido la autorización, mediante Resolución de la Consejería de Sanidad de 12 de julio de 2018 se inicia procedimiento para el cierre forzoso definitivo de la farmacia” y, tras rechazar las alegaciones formuladas por la compareciente (...), mediante Resolución del Consejero de Sanidad, de 1 de octubre de 2018, se acuerda el cierre definitivo forzoso de la citada farmacia”. Menciona que “contra esta resolución (...) interpuso recurso contencioso-administrativo (...) que fue desestimado por Sentencia (...) de 23 de septiembre de 2019, contra la que (...) interpuso recurso de casación autonómico y estatal”, siendo desestimado el primero el 8 de julio de 2021 e inadmitido el segundo el 22 de junio de 2022, notificándose este último a la compareciente el 21 de julio de 2022 y declarada firme la sentencia con fecha 21 de octubre de 2022. Significa que “el cierre efectivo definitivo de la farmacia (...) se produjo el 9 de febrero de 2023, tras el acta de inspección de 7 de febrero de 2023”.

Afirma que, “confiando legítimamente en la validez del concurso (...), adquirió un local de negocio” para la instalación de la oficina de farmacia y “realizó todas las gestiones necesarias para la puesta en funcionamiento de la misma en la creencia de que la autorización concedida no estaba cuestionada. Y

es después de cinco años de funcionamiento (...) cuando (...) se entera de que (...) tienen que evaluarse de nuevo los méritos al haber sido anulado el anexo de la convocatoria por las sentencias recaídas en los recursos contencioso-administrativos (...) en los que (...) no fue emplazada, por lo que no era conocedora de que se había impugnado (...). Y es una vez firmes las (...) sentencias y tras finalizar la ejecución, cuando habían transcurrido 15 años desde la apertura de la farmacia, que se ve sorprendida con el inicio (...) del procedimiento para el cierre forzoso definitivo (...) en vez de proceder a ofertar al siguiente de la lista, al haberse declarado la pérdida al derecho (de) la persona que había obtenido mayor puntuación”.

Sostiene que “es la actuación irregular de la Administración la que determina que el daño causado (...) por el cierre de la farmacia (...) constituya un daño o lesión antijurídica (...), pues la solución adoptada por la Administración no se produjo dentro de los márgenes de lo razonable ni tampoco se adoptó de forma razonada, lo que determina la derivación de la responsabilidad patrimonial”.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, mantiene que “los daños resultaron perfectamente determinados con la Sentencia firme dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2022, por (la) que se inadmite el recurso de casación estatal interpuesto contra la Sentencia (...) de 23 de septiembre de 2019”, pues “hasta ese momento si el recurso de casación interpuesto hubiese prosperado no se habría materializado el cierre de la oficina de farmacia”.

Cuantifica la indemnización solicitada “en la cantidad mínima” de un millón ochocientos dos mil doscientos sesenta y seis euros con setenta y seis céntimos (1.802.266,76 €), que comprende tanto los daños y perjuicios materiales como los morales, “o en la que resulte tras la práctica de la prueba, la cual deberá ser objeto de actualización, devengando el interés legal desde la fecha de esta reclamación hasta su completo pago”.

Propone prueba documental, consistente en la incorporación al procedimiento del expediente íntegro relativo a la convocatoria del concurso

para la autorización de oficinas de farmacia en el Principado de Asturias realizada por Resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios de 14 de junio de 2002.

Adjunta copia de diversa documentación relativa a los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con el asunto de referencia, así como un informe pericial sobre el montante indemnizatorio reclamado.

2. Mediante Resolución de 21 de marzo de 2023, el Consejero de Salud procede a la designación de instructor del procedimiento, lo que se comunica a la interesada y a la compañía aseguradora de la Administración.

En ella consta, asimismo, la fecha de recepción de la reclamación, las normas con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo máximo para resolverlo y el sentido de un eventual silencio administrativo.

3. El día 16 de mayo de 2023 emite informe la Jefa del Servicio de Farmacia. En él concluye que “las actuaciones de la Administración en todo momento se ajustaron a la normativa vigente”, y que la reclamante presentó una serie de recursos a las resoluciones y sentencias sucesivas con el resultado de que, desde la resolución de enero de 2014 en que (...) conoció que no habría sido adjudicataria de la oficina de farmacia de la que era titular, pudo continuar con la titularidad de la misma hasta febrero de 2023, 9 años más”.

Pone de relieve que, “tal como recoge la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en las Sentencias de 14 de julio de 2008 (...) y de 22 de septiembre del mismo año (...), uno de los elementos a tomar en consideración para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público es la naturaleza misma de la actividad administrativa, de tal forma que cuando la actuación de la Administración no se realiza dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, se entenderá que la lesión es antijurídica y que el administrado no tiene la obligación de soportar los daños que se derivan de dicha actuación./ Pues bien, en ningún caso puede

interpretarse que la Administración no razonó sus actuaciones ni realizó nada fuera de los márgenes de lo razonable”, toda vez que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 8 de julio de 2021 declara que “la resolución administrativa de cierre forzoso se basó por una parte en la nulidad de los actos administrativos que dieron lugar a la apertura de la oficina de farmacia de la reclamante, y por otra que se apoya directamente en el artículo 23.2.d) de la Ley 1/2007, así como las sentencias firmes anteriormente citadas”.

4. Mediante providencia del Instructor del procedimiento de 18 de mayo de 2023, se procede a la apertura de un período de prueba, incorporando al expediente diversa documentación requerida por la interesada y otra que, de oficio, se estima preciso para mejor resolver. En este sentido, se acuerda que “la unión al presente procedimiento del `expediente integro´ relativo al concurso para la autorización de oficinas de farmacia resulta manifiestamente improcedente en la medida en que pudiera contener los trámites realizados por personas distintas a la interesada en relación con la autorización y apertura de oficinas de farmacia distintas de la (...) abierta” por ella, y razona el efecto que “tal incorporación y/ el correspondiente acceso a la documentación por las partes del presente procedimiento supondría un supuesto de tratamiento de datos personales que vulneraría el principio de minimización de datos, recogido en el artículo 5.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), que dispone que `Los datos personales serán: (...) c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»)´”.

Queda constancia en el expediente de la incorporación al mismo de diversa documentación requerida.

5. Con fecha 18 de julio de 2023, el Instructor del procedimiento comunica a la interesada y a la compañía aseguradora de la Administración la apertura de un trámite de audiencia por un plazo de diez días.

6. El día 28 de julio de 2023, la reclamante presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que solicita la incorporación al expediente de los emplazamientos realizados a los interesados en los recursos contencioso-administrativos seguidos ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

7. Con fecha 19 de septiembre de 2023, la Jefa del Servicio de Farmacia informa sobre los emplazamientos efectuados a los interesados en los recursos contencioso-administrativos requeridos por la reclamante el 28 de julio de 2023.

8. Mediante providencia de 26 de septiembre de 2023, el Instructor del procedimiento procede a la apertura de un nuevo trámite de audiencia.

9. El día 19 de octubre de 2023, la perjudicada presenta un escrito de alegaciones en el que se ratifica en la procedencia de su reclamación.

10. Con fecha 27 de octubre de 2023, el Instructor del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala, en relación con el plazo del que disponía la interesada para reclamar, que “con la firmeza, al menos, de la Sentencia (...) del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de septiembre de 2015, dictada con motivo del recurso contencioso-administrativo (...) interpuesto por (la reclamante) contra la Resolución de 31 de enero de 2014, por la que se resuelve el procedimiento para la autorización de oficinas de farmacia elevando a definitivas las puntuaciones otorgadas a (...) los solicitantes que no hubieran renunciado o desistido de su solicitud en el concurso convocado para la autorización de veinticuatro nuevas oficinas de farmacias la ahora reclamante tuvo conocimiento del efecto lesivo de

aquellas sentencias anulatorias, que no es otro que el de la pérdida de su derecho a la oficina de farmacia (...). Contra esta sentencia se interpuso por (la interesada) (...) recurso de casación (...) que fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Supremo (...) de 21 de febrero de 2018 (...). Si bien no consta en el expediente la notificación a la recurrente de las citadas sentencias, las mismas se citan en la Resolución de 12 de julio de 2018, del Consejero de Sanidad, por la que se inicia el procedimiento para el cierre forzoso definitivo de la oficina de farmacia, notificada a (la reclamante) el 24 de julio de 2018, de acuerdo con el acuse de recibo del traslado de la citada resolución (...). Por tanto, tomando prudencialmente esta fecha como referencia, el plazo de un año previsto en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, habría transcurrido ampliamente el 14 de marzo de 2023, fecha en que se presenta la reclamación en el Registro Electrónico de la Administración del Principado de Asturias, de modo que el derecho a reclamar habría prescrito”.

Por otra parte, respecto al conocimiento por parte de la interesada de ciertos procesos judiciales indica que, “aunque no conste el emplazamiento en los recursos contencioso-administrativos (...), la reclamante tuvo que tener conocimiento de otros muchos recursos que afectaron al decreto regulador del concurso, a su convocatoria, a la tramitación del concurso o a la puntuación definitiva, dado que los correspondientes emplazamientos o el trámite de audiencia fueron objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*. Además, el trámite de audiencia al que se alude tiene relación con los recursos” que especifica. Es decir, que “durante el período que transcurre entre la Resolución de 5 de diciembre de 2002, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se resuelve el procedimiento para la autorización de oficinas de farmacia elevando a definitivas las puntuaciones otorgadas a los concursantes de la convocatoria contenida en la Resolución de 14 de junio de 2002, y la Resolución de 5 de noviembre de 2007, del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se autoriza la apertura de la oficina de farmacia de la que es titular propietaria (la reclamante), era plenamente consciente del carácter litigioso del proceso que llevó a dicha autorización de apertura./ Esta

litigiosidad no sólo se reflejó a través de los correspondientes emplazamientos o la audiencia publicados” en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, “sino también en los medios de comunicación de Asturias a lo largo de varios años, por lo que difícilmente pudo pasar desapercibida para una profesional del sector, sin perjuicio, por supuesto, de la participación de la propia reclamante en el último de los recursos citados, que afectaba de manera específica a su posición./ Por tanto, cuando la reclamante realizaba los trámites administrativos y los gastos necesarios para la apertura y funcionamiento de la oficina de farmacia era conocedora del riesgo de que se anulase su autorización, (de) modo que no se produjo la quiebra el principio de confianza legítima”.

En cuanto a la razonabilidad de la actuación de la Administración, manifiesta que “no puede considerarse irrazonable la inclusión en el decreto regulador del concurso de unos criterios de valoración semejantes a los previstos en otras disposiciones autonómicas (una de ellas confirmada en primera instancia en aquellos momentos) que no merecieron reproche alguno del Consejo de Estado y que fueron anulados por los tribunales sólo después de que las dudas planteadas en los correspondientes procesos se aclararan mediante una cuestión prejudicial, que no consideró que los criterios controvertidos constituyeran una discriminación directa o manifiesta./ Por otra parte, también debe excluirse la antijuridicidad tanto en la inclusión de esos criterios del decreto en la convocatoria efectuada por la Resolución de 14 de junio de 2002, como en la aplicación de los mismos durante el correspondiente procedimiento, dado que se trataba de actos de aplicación de una norma jurídica vigente que se presumía válida, de modo que los afectados tenían el deber jurídico de soportar sus consecuencias./ En definitiva, el supuesto daño ocasionado por la anulación de los criterios de valoración del baremo y por la nueva puntuación otorgada a los concursantes tras la retroacción de actuaciones no puede considerarse una lesión antijurídica susceptible de ser indemnizada”.

Realiza, finalmente, la propuesta de resolución una serie de consideraciones sobre el importe reclamado en concepto de indemnización.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de noviembre de 2023, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la

indemnización o se manifieste su efecto lesivo”. Y en su párrafo segundo precisa que, “En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”.

En el supuesto ahora examinado, la interesada -que presenta su reclamación el 14 de marzo de 2023- mantiene la tempestividad de la acción ejercitada argumentando que los daños -al derivar del cierre de la oficina de farmacia- no quedaron determinados hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2022, por la que se inadmite el recurso de casación estatal interpuesto contra la Sentencia de 23 de septiembre de 2019, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo formulado contra la Resolución de la Consejería de Sanidad de 1 de octubre de 2018, por la que se acuerda el cierre definitivo forzoso de la oficina de farmacia. Esto es, sostiene que el daño -consistente en el cierre material de la oficina- no venía impuesto por la anulación del baremo y consiguiente nulidad de la autorización, sino por la firmeza de la resolución administrativa que ordenaba específicamente el cierre.

Por el contrario, la Administración argumenta que “con la firmeza, al menos, de la Sentencia (...) del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de septiembre de 2015, dictada con motivo del recurso contencioso-administrativo (...) interpuesto (...) contra la Resolución de 31 de enero de 2014, por la que se resuelve el procedimiento para la autorización de oficinas de farmacia elevando a definitivas las puntuaciones otorgadas a (...) los solicitantes que no hubieran renunciado o desistido de su solicitud en el concurso (...), la ahora reclamante tuvo conocimiento del efecto lesivo de aquellas sentencias anulatorias, que no es otro que el de la pérdida de su derecho a la oficina de farmacia”, lo que se traduce en la prescripción de la acción resarcitoria, ya que las sentencias que ponen término a aquel pleito (recurso de casación, que fue desestimado por Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2018) se citan en la Resolución del Consejero de Sanidad de 12 de julio de 2018, por la que se inicia el procedimiento para el cierre forzoso

definitivo de la oficina de farmacia”, pues no hay duda que fueron conocidas por la interesada en ese momento o con anterioridad.

Al respecto, en el Dictamen Núm. 265/2022 ya advertimos que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:3534- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) fijó doctrina en cuanto al momento de inicio del plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia, que plantea una problemática análoga al caso examinado. La indicada Sentencia recuerda que “en virtud del principio *actio nata* (nacimiento de la acción) el cómputo para su ejercicio sólo puede comenzar si se conocen con plenitud los aspectos de índole fáctica y jurídica que constituyen presupuestos para determinar su alcance, esto es, cuando se manifiestan al afectado en su precisa dimensión los dos elementos del concepto de lesión: el daño y la comprobación de su ilegitimidad”. Seguidamente sienta como doctrina que “para la fijación del momento inicial del plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia (...) deberá atenderse, en cada caso, a las circunstancias concurrentes en el concreto supuesto contemplado, de manera que, si el interesado estuviera personado en el procedimiento, habrá que estar a la fecha en que le fuera notificada la sentencia firme anulatoria que le afectaba y, en caso de que no estuviera personado en aquél, a la fecha en que conoció o razonablemente pudo conocer el contenido de dicha sentencia”.

Sentado lo anterior, se aprecia aquí que no hay duda de que la interesada conoció la anulación del título que sustentaba su oficina farmacia años antes de deducir la reclamación. De la fecha de la sentencia firme anulatoria -21 de febrero de 2018- resulta la extemporaneidad de la acción resarcitoria planteada por la “pérdida de beneficios futuros de los próximos 5 años” que incluye en la pericial de valoración del daño. Debe advertirse que el artificio de acudir a “los próximos cinco años” computados desde 2023 -justificado en la coincidencia de ese lapso con “la jubilación forzosa a los 70 años” de la titular- no perturba la auténtica naturaleza del perjuicio aquí examinado, que no es otro que el lucro

cesante, del que se adquiere plena conciencia en el momento en que se conoce la firmeza de la sentencia anulatoria de la autorización. En rigor, ese concepto resarcitorio no pende -ni en su entidad ni en su cuantía- del cierre material de la oficina de farmacia, pues su permanencia posterior a la depuración del título no deriva ya de un derecho, cuyo sacrificio se conoce en el año 2018. Es la pérdida de la autorización la que determina el lucro cesante, que queda de manifiesto con la imposibilidad de traspasar el negocio como tal. Cuestión distinta es que la anulación judicial de la autorización no habilite para reclamar un lucro cesante por la privación del título que nunca se debió otorgar, pero abstracción hecha de esa evidencia de fondo la pretensión resarcitoria debe ejercitarse en el plazo de un año desde que se conoce aquella anulación.

Sin embargo, la sucesión de hechos desde que alcanza firmeza la anulación de las puntuaciones -y la consiguiente nulidad de la autorización- pone de manifiesto que la invalidez de dicha licencia no conlleva un cierre automático de la oficina de farmacia, sino más bien su subsistencia temporal o en precario (incluso su titular podría eventualmente volver a resultar adjudicatario) hasta la firmeza de una orden de cierre. Se advierte, en este sentido, que el régimen de las oficinas de farmacia -en su consideración de servicio esencial- conlleva regularmente un específico expediente de cierre en el que se concrete el momento de su efectividad y se garantice el derecho de los usuarios, evitando la desatención del servicio. Así, el Decreto 72/2001, de 19 de julio, contempla expresamente ese expediente para los cierres temporales, en una disciplina extensible a otros supuestos.

En este contexto, no puede obviarse que también se acciona aquí por ciertos daños -como las indemnizaciones a los trabajadores o la "pérdida de inversiones de bienes inmuebles y muebles (...) en la cuantía de las amortizaciones pendientes"- que quedan sustancialmente afectados por la continuidad material de la oficina de farmacia, extremo que no se despeja con precisión hasta el agotamiento de la vía judicial frente a la orden administrativa de cierre.

En efecto, de la primigenia nulidad del título concedido se desprende directamente la alteración de la situación jurídica de la beneficiaria como titular de una autorización de apertura, pero la depuración de esa autorización no conduce irremisiblemente a los daños reseñados -que sólo con el cierre se concretan en su justa dimensión-, observándose que la oficina de farmacia hubiera permanecido abierta de haber resultado la interesada beneficiaria de la nueva autorización, y aunque se aquietara frente a las vicisitudes de la posterior convocatoria ha de aprovecharle la impugnación de la orden de cierre en cuanto podría evitar -o al menos postergar- sus perjudiciales efectos.

En definitiva, no habiéndose documentado que la consecuencia del cierre fuera ineludible y conocida en su precisa entidad un año antes de la presentación de la reclamación, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado debe operarse en el cómputo del plazo de un modo flexible, antiformalista y favorable a los perjudicados, por lo que cabe concluir que la reclamación formulada el día 14 de marzo de 2023 no es, en aplicación del principio *pro actione*, extemporánea.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren al menos, los siguientes requisitos: a) la

efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la interesada solicita una indemnización por los daños y perjuicios derivados del cierre forzoso de la oficina de farmacia que venía regentando. Dicho cierre se lleva a cabo por la Administración en ejecución de la sentencia que ordenaba la retroacción del procedimiento para reevaluar los méritos, consecuencia de la anulación en sede judicial (en instancia por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y en casación por el Tribunal Supremo) de dos apartados del anexo del Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, en los que se recogían ciertos méritos vinculados al previo desarrollo de la actividad en el territorio de la Comunidad Autónoma, y de la Resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, de 14 de junio de 2002, por la que se convocó concurso para la autorización de nuevas oficinas de farmacia, lo que finalmente benefició a otra concursante distinta de la reclamante.

De la orden de cierre de la oficina de farmacia deduce la perjudicada daños de distinta naturaleza, que en la pericial que acompaña se desglosan en "pérdida de beneficios futuros" (la partida más elevada), "pérdida de las inversiones de bienes inmuebles y muebles (...) en la cuantía de las amortizaciones pendientes", pérdida "del fondo de comercio transmisible a un tercero", indemnizaciones a los trabajadores y "daño moral por la compleja tramitación del expediente de cierre".

Al respecto, este Consejo viene señalando de manera reiterada (por todos, Dictamen Núm. 10/2014) que el primer requisito que debe satisfacer toda reclamación de responsabilidad patrimonial es que el daño alegado ha de ser efectivo, esto es, real, y que su existencia ha de quedar acreditada en el expediente. Este requisito constituye el núcleo esencial de cualquier reclamación,

de modo que su ausencia determina el fracaso de toda pretensión indemnizatoria que se sustente en meras especulaciones o en la confusión de las causas que se hallan en el origen de los perjuicios.

En efecto, sorprende en primer lugar que se reclame la “pérdida de beneficios futuros” por quien se ha beneficiado durante largos años de una autorización de oficina de farmacia improcedente (de 2007 a 2023), resultando patente -aparte de la consiguiente *compensatio lucri cum damno*- que no cabe deducir un lucro cesante de la anulación de un título administrativo del que la interesada nunca debió disponer conforme a derecho, habiendo tenido conocimiento de dicha ilicitud ya desde el año 2018.

Igual suerte merece el invocado “daño moral por la compleja tramitación del expediente de cierre”, pues la interesada se benefició de una autorización indebida a lo largo de los años en los que se dilata esa tramitación, y es ella misma quien impugna la rebaremación y la orden administrativa de cierre -incluso en casación que se inadmite por el Tribunal Supremo-, aprovechándose así de la falta de firmeza de la decisión administrativa a través del ejercicio de acciones de dudosa viabilidad.

Tampoco se acredita el daño consistente en pérdida “del fondo de comercio transmisible a un tercero”, ya que como reconoce la propia pericial es susceptible de venta o aprovechamiento por su valor de mercado, ni merecen consideración las escuetas indemnizaciones a los trabajadores (que ascienden a 6.203,85 €) pues, aun siendo esas compensaciones consecuencia del cierre, quedarían embebidas en la *compensatio lucri cum damno*, estando también asociadas a los tiempos en los que la farmacia permanece abierta sin que el derecho le asista a su titular.

Respecto al “deterioro del valor del inmueble (...) en la cuantía de las amortizaciones pendientes”, desconoce la reclamante que no se le ha privado del inmueble -sino sólo de la autorización a la que no tenía derecho- por lo que extrañamente puede esgrimir un disvalor del local adquirido. Alude también a la pérdida de valor “mobiliario, equipos y otras instalaciones pendientes de amortizar” pero, habiéndose prolongado durante más de 10 años la apertura de

la farmacia por quien no ostentaba derecho a esa autorización (de 2007 a 2023), ofrece dudas la inversión mobiliaria “pendiente de amortizar”.

En definitiva, tal como aprecia el Consejo de Estado en el Dictamen 1702/2007 en un supuesto análogo en el que la anulación de la autorización y el posterior cierre de la farmacia se acordó también en ejecución de un pronunciamiento jurisdiccional, no cabe entender “que la Administración ha ocasionado un daño a quien se le ha autorizado precisamente la apertura de una oficina de farmacia para la que -según los tribunales- no reunía los requisitos exigibles. Desde esta perspectiva, la reclamación carece de cualquier fundamento en relación con el lucro cesante y los presuntos daños personales y psicológicos aducidos por la interesada. Y a la misma conclusión debe llegarse en relación con los gastos de establecimiento de la farmacia. Por de pronto, la reclamante conocía que la autorización para la apertura de su farmacia había sido recurrida en vía judicial y, por ello, al decidir abrirla, asumió los riesgos que posteriormente se concretaron en la sentencia anulatoria. Además, la efectividad del daño exigida por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no resulta acreditada en lo que hace a este concepto indemnizatorio, pues los mencionados gastos no se cuantifican expresamente ni se acreditan documentalmente ni, por ende, se ha tenido en cuenta, a la hora de reclamarlos, la amortización que de los mismos se ha podido hacer con cargo a los beneficios obtenidos”.

Desechada la reclamación por no acreditarse un daño efectivo -cuando de los prolongados años de apertura se deduce un beneficio notoriamente superior a los gastos de establecimiento y las indemnizaciones a los trabajadores-, se advierte además la ausencia del requisito de antijuridicidad del daño.

Se aprecia en este supuesto, al igual que en el despachado por el Consejo de Estado en el Dictamen 1702/2007, que difícilmente puede alegar la reclamante que la Administración le ha ocasionado un daño antijurídico por el simple hecho de que la autorización administrativa de apertura de la oficina de farmacia haya sido judicialmente anulada, con la consecuencia final del cierre. Tal como razona el Consejo de Estado “es claro, en este sentido, que la

autorización administrativa de apertura de farmacia le concedió lo que ella misma solicitaba, lo cual, lejos de constituir un daño, constituía un indudable beneficio”, y además “la reclamante conocía que la autorización para la apertura de su farmacia había sido recurrida en vía judicial y, por ello, al decidir abrirla, asumió los riesgos que posteriormente se concretaron en la sentencia anulatoria”.

En efecto, cuando la interesada acomete aquí unos gastos de establecimiento es conectora de que la autorización concedida es precaria, en tanto que pende del recurso judicial en el que se cuestiona el baremo aplicado, y tratándose de una profesional del sector no puede reputarse ajena o desconocedora de su funcionamiento.

La intervención del poder público en este ámbito estrechamente vinculado a la salud pública ha sido una constante que cuenta con precedentes bien remotos, ora reducida al desarrollo mismo de actividad (caso de las Ordenanzas de los Reyes Católicos para Médicos y Boticarios de 1477, 1491 y 1498, incorporadas, en lo esencial, a la Novísima Recopilación) ora extendida al control previo del acceso a la misma (supuesto de la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 y de las Ordenanzas de 18 de abril de 1860). Así, se ha venido incardinando la actividad desempeñada por las farmacias dentro de los denominados “servicios públicos virtuales o impropios”, concepto que goza de un amplio abanico de definiciones, todas ellas coincidentes al resaltar que se trata de servicios privados en los que el alcance que para la colectividad presentan legitima a la Administración para someterlos a una singular regulación y control, permaneciendo sus titulares bajo una relación de sujeción especial.

En este escenario, denuncia la reclamante que la Consejería no hubiera acudido a la suspensión del procedimiento de concurso para el otorgamiento de autorizaciones, ya que cuando dictó las resoluciones de autorización de apertura tenía conocimiento de que la Resolución de 14 de junio de 2002, por la que se convocó el concurso público para la autorización de apertura de nuevas oficinas de farmacia; el Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, y la Resolución de 5 de

diciembre de 2002, por la que se elevaron a definitivas las puntuaciones de los aspirantes admitidos, habían sido recurridos ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, sin que en esas fechas hubiese recaído sentencia (folio 2 del escrito de reclamación). Sin embargo, esa falta de suspensión no ocasiona a la interesada un daño, sino que le brinda la posibilidad de acometer la inversión con pleno conocimiento de los elementos que, tiempo después, abocan al cierre. Ni siquiera puede reputarse antijurídica, pues pudo hacerse valer ante los tribunales sin que nadie suscitara la procedencia de suspender las autorizaciones, o tal pretensión no encontró acogida. Se advierte que no se esgrime aquí un fundamento por el que debiera ordenarse esa suspensión cuando, mediando un interés público en la apertura de las oficinas de farmacia que se estiman necesarias, se desconoce la normativa en la que se ampara la paralización del procedimiento o la suspensión de efectos de las autorizaciones otorgadas. Se observa además, en línea con lo razonado anteriormente, que la interesada obtuvo un beneficio al poder ejercer la actividad durante quince años cuando no debió ser la adjudicataria de aquella autorización, un provecho en suma deducido de la falta de suspensión cautelar del permiso, resultando paradójico que reclame ahora una compensación toda vez que en esa apertura y continuidad de la farmacia no sólo concurre la acción u omisión de la Administración sino también su libre y constante decisión personal.

En definitiva, el interés público demandaba la puesta en funcionamiento de las nuevas oficinas de farmacia y en aquellos momentos la Administración podía razonablemente creer -sin soslayar el riesgo, dado que la cuestión se hallaba *sub iudice*- que la impugnación del Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, no prosperaría.

Al respecto, invoca la reclamante la confianza legítima en la validez de la autorización concedida, con base en la cual habría acometido los gastos. Sin embargo, no cabe desconocer que la propia interesada es profesional del sector y, aunque no conste su emplazamiento en los recursos contencioso-administrativos de 2002 y 2003, tuvo que tener conocimiento de otros que

afectaron al decreto regulador del concurso, a su convocatoria, a la tramitación del mismo o a la puntuación definitiva, tal como se razona en la propuesta de resolución, “dado que los correspondientes emplazamientos o el trámite de audiencia fueron objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*”. En particular, la reclamante compareció como codemandada en el recurso contencioso-administrativo que se interpuso contra la Resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, de 27 de septiembre de 2005, por la que se le autorizaba a designar un local para la instalación de la oficina de farmacia. Incluso consta que la litigiosidad que afectó al procedimiento tuvo eco en los medios de comunicación del Principado de Asturias a lo largo de varios años, por lo que “difícilmente pudo pasar desapercibida para una profesional del sector”, tal como apunta la propuesta de resolución, debiendo concluirse que cuando la realiza las gestiones y acomete los gastos necesarios para la apertura y funcionamiento de la oficina de farmacia era conocedora del riesgo de que se anulase su autorización.

El Tribunal Supremo viene considerando (entre otras, Sentencia de 3 de julio de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:4496-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) que “la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, siendo tan solo susceptible de protección aquella ‘confianza’ sobre aspectos concretos que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes”. Y en la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias advierte en la Sentencia de 30 noviembre de 2020 -ECLI:ES:TSJAS:2020:2939- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) que “no puede descansar la aplicación del principio en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, pues ni este principio ni el de seguridad jurídica garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban mantenerse irreversibles”, pues como ha reiterado el Tribunal Supremo “este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo

de 14 de marzo de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:909-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En el caso que analizamos, como consecuencia de la anulación en sede jurisdiccional de dos apartados del anexo del Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, y de la Resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, de 14 de junio de 2002, por la que se convocó concurso para la autorización de nuevas oficinas de farmacia, era notorio que *ex artículo 49.1 de la LPAC* se vería afectada la presunta validez de los sucesivos actos dictados a lo largo del procedimiento que de ellos dependiesen; entre otros, los que habilitaban a la interesada para el establecimiento de la oficina de farmacia. Depurada esa habilitación, se procedió a la reevaluación de los méritos (Resolución de 31 de enero de 2014, por la que se elevan a definitivas las puntuaciones provisionales otorgadas a los concursantes que no hubieran renunciado o desistido de su solicitud, contra la que la interesada interpuso recurso contencioso-administrativo) que concluyó con el otorgamiento de más puntuación a otra de las participantes en el concurso.

Por tanto, firme la anulación del baremo, la Administración practicó con celeridad las actuaciones necesarias para el restablecimiento de la legalidad, y la interesada procedió después a impugnar la rebaremación y la orden de cierre, tal y como asiste a su derecho, pero queda sometida a las resultas del pleito sin que se aprecie aquí una quiebra de la confianza legítima resarcible.

En rigor, la antijuridicidad del daño no debe excluirse, tal como sugiere la Administración, por el hecho de enfrentarnos a "actos de aplicación de una norma jurídica vigente que se presumía válida, de modo que los afectados tenían el deber jurídico de soportar sus consecuencias" (folio 15 de la propuesta de resolución), sino por la doctrina del "margen de tolerancia". Tal como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:4042- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), "no basta con la mera anulación para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible únicamente si concurre un

plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico”. Pero esa ausencia de motivación o racionalidad no excluye la antijuridicidad de un acto de aplicación, sino que ha de examinarse en relación con el vicio de la disposición normativa del que deriva la nulidad del acto.

En el caso que nos ocupa, cabe traer a colación que el Dictamen del Consejo de Estado 3046/2002 se pronunció sobre el Proyecto de Decreto del Gobierno de Cantabria por el que se aprueba la planificación farmacéutica y se establecen los requisitos técnico-sanitarios, el régimen jurídico y el procedimiento para la autorización, transmisión, traslados, modificaciones y cierre de las oficinas de farmacia (posteriormente aprobado como Decreto 7/2003, de 30 de enero, y publicado en el *Boletín Oficial de Cantabria* de 18 de febrero de 2003), y en ninguna de las consideraciones vertidas en el cuerpo del dictamen se advirtió ilegalidad alguna en relación con el mérito previsto en el anexo II de dicho Decreto, consistente en establecer, en caso de empate, como criterio prioritario el que se tratase de “Farmacéuticos que desempeñen su ejercicio profesional en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria”.

Ciertamente tal criterio fue rectificado después en el Dictamen 1283/2014 de ese mismo órgano consultivo, entre cuyas consideraciones se indica textualmente que, “en relación precisamente con el Decreto 7/2003, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de noviembre de 2006, consideró conforme a Derecho que el mencionado decreto incluyera el mérito y la capacidad de los aspirantes entre los principios con arreglo a los cuales proceder al otorgamiento de nuevas oficinas de farmacia, si bien entendió que no era admisible, según establecía el anexo II del Decreto 7/2003, que los méritos profesionales pudieran ser valorados de modo distinto porque se hubieran obtenido en uno u otro lugar del territorio nacional. El Tribunal Supremo consideró que no había razón alguna para ello, anulando el criterio 6 del anexo II del Decreto mencionado./ En sentido similar al Tribunal Supremo se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 1 de junio de 2010, asuntos C-570/07 y C-571/07, relativa a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal

Superior de Justicia de Asturias en relación con el Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias”.

La propuesta de resolución recuerda que la normativa de otras Comunidades Autónomas relativa a la autorización de oficinas de farmacia también había recogido -en fechas muy próximas a aquella en la que el Principado de Asturias aprobó su norma reguladora- criterios de baremación que privilegiaban la experiencia profesional en el correspondiente territorio -citando, entre ellas, Extremadura (Decreto 121/1997, de 7 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de atención farmacéutica en materia de Oficinas de Farmacia y Botiquines), Baleares (Decreto 25/1999, de 19 de marzo, por el que se aprueban las zonas farmacéuticas de las Illes Balears, y el procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de farmacia) y Valencia (Decreto 198/2003, de 3 de octubre, del Consell de la Generalitat, por el que se establecen los criterios de selección aplicables en los procedimientos de autorización de nuevas Oficinas de Farmacia)-, advirtiendo que incluso alguno de ellos se llegó a estimar conforme a derecho por los Tribunales (es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 22 de mayo de 2001 -ECLI:ES:TSJEXT:2001:1231-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, que terminaría siendo casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:379-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) pero -como subraya la propuesta de resolución- “en fecha muy posterior a la aprobación de su decreto por el Principado de Asturias y a la tramitación de su convocatoria”.

En este contexto, cuando la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios dicta la Resolución de 14 de junio de 2002 y convoca el concurso para la autorización de apertura de nuevas oficinas de farmacia parte de unos criterios de selección fijados reglamentariamente, extendidos en otros ámbitos territoriales, no exentos de razonabilidad en tanto se aplican en distintas Comunidades Autónomas, y tendentes a beneficiar a profesionales que -como la aquí interesada- habían acumulado su experiencia en la Comunidad Autónoma

convocante. Y de la revisión judicial de los mismos no pueden deducir un daño antijurídico quienes se benefician de la discriminación, debiendo soportar las consecuencias de la adopción por los tribunales de otros criterios de apreciación, como aquí acontece.

En suma, este Consejo estima que no resulta acreditada la efectividad del daño por el que se reclama y que tampoco debe reputarse antijurídico.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.