

Expediente Núm. 119/2014
Dictamen Núm. 97/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de mayo de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 1 de abril de 2014 -registrada de entrada el día 9 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 que atribuye a la anulación judicial de una resolución administrativa sobre autorización de oficinas de farmacia y a la demora en la realización de la nueva valoración.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 6 de mayo de 2013, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que vincula a la anulación, en virtud de Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2012, de la Resolución de autorización de oficinas de farmacia y a la posterior demora en la ejecución de la sentencia que

obliga a la realización de una nueva baremación de los méritos por parte de la Consejería competente.

Afirma que dicha sentencia “declaró la nulidad de (la) Resolución de 5 de diciembre de 2002, ordenó la retroacción de las actuaciones para una nueva valoración de méritos y explicitó también que los méritos por mí presentados deberían de ser tenidos en cuenta”. De ello deduce que sus méritos han de ser “cuantificados en 18,33 puntos”, por lo que considera probable resultar adjudicatario de una oficina de farmacia cuando el proceso de valoración prosiga, si bien, “mientras la actual Comisión de Valoración continúe con su pasividad esta certeza no se materializará”.

Sobre la presentación de la reclamación, señala que aunque “la Comisión de Valoración no ha emitido aún su informe sobre las puntuaciones de los concursantes” se ve compelido a “formular la solicitud de resarcimiento patrimonial con estimaciones, no con datos objetivos, para evitar la prescripción del artículo 4.2 del Reglamento” de Responsabilidad Patrimonial.

En cualquier caso, y pese a la ausencia de baremación, sostiene que “se estima como ingreso razonable neto para una oficina de farmacia de la entidad de las primeras que han sido adjudicadas la cantidad de 18.000 euros al mes. Y ello arroja una cifra total, a lo largo de los 120 meses del cómputo, de 2.160.000 euros”, que es la que se solicita como indemnización por los diez años de “duración de la lesión”, que “puede darse por bueno, provisionalmente”, en tanto no se resuelva la definitiva baremación de los méritos. También solicita que se sume al *quantum* indemnizatorio “el importe del aval, mantenido vivo hasta este momento”, más las actualizaciones e intereses a que hubiera lugar.

Al amparo de lo dispuesto en el “artículo 6.1 del Reglamento”, solicita que la Administración incorpore al procedimiento los siguientes documentos: a) Los ingresos “declarados en Hacienda por las oficinas de farmacia que ocupen los lugares preferentes a la que debería de haberle correspondido al recurrente”. b) Documento de “intervención relativo a la conformidad” sobre el pago de las tasas exigidas en el procedimiento. c) Certificación del Secretario

Técnico de la Consejería en la que “se especifique los ingresos efectuados por cada uno de los concursantes y los concursos en los que participan”. d) La “carta dirigida al Consejero (...) exponiendo las razones por las que no era ajustada a derecho la aprobación de las puntuaciones definitivas”. e) Valoración del “informe económico que se aportará al procedimiento en cuanto sea posible su elaboración”.

2. El día 30 de mayo de 2013, el Secretario General Técnico de la Consejería de Sanidad comunica al interesado, entre otros extremos, la fecha de entrada de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, el plazo para la resolución y notificación del procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

3. Constan en el expediente los actos de instrucción practicados, entre ellos los siguientes:

a) Informe de la Jefa del Servicio de Farmacia, de 20 de junio de 2013, en el que se explica que la sentencia que invoca el interesado “en ningún momento hace referencia (...) a que se le repongan los 18,33 puntos, más los correspondientes al resto de méritos sometidos a valoración. Es por ello que será la Comisión de Valoración la que (...) valore los méritos (...), sin que a día de hoy se pueda afirmar que la puntuación obtenida será suficiente para poder optar a una de las veinticuatro oficinas de farmacia”.

b) Escrito que con fecha 16 de octubre de 2013, y en relación con la Providencia de prueba acordada por el Instructor del procedimiento, presenta el interesado solicitando la “suspensión” del procedimiento de responsabilidad patrimonial “hasta que se resuelva si obtengo o no oficina de farmacia, porque en caso negativo huelga solicitar ninguna reparación patrimonial”.

c) Informe emitido el 14 de febrero de 2014 por la Jefa del Servicio de Farmacia, en el que se pone de manifiesto que “con fecha 31 de enero de 2014 el (...) Consejero dicta Resolución por la que se elevan a definitivas las puntuaciones otorgadas a todos los solicitantes”, y que “la puntuación

definitiva” del interesado “es de 4,92, por lo que no resulta adjudicatario” de ninguna “oficina de farmacia en dicho concurso”. Acompaña, como anexos, copia de la documentación que acredita los datos que refiere.

d) Oficio del Instructor del procedimiento de 19 de febrero de 2014, por el que se notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia, y se le adjunta una relación de los documentos que obran en el expediente, integrado en ese momento por 436 folios.

e) Diligencia extendida por el Instructor del procedimiento el 4 de marzo de 2014, en la que se pone de manifiesto que en esa fecha el interesado se persona en las dependencias administrativas y obtiene una copia de los documentos que solicita. No consta en el expediente que se hayan presentado alegaciones.

4. El día 24 de marzo de 2014, el Instructor del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Tras realizar una detallada exposición de todos los antecedentes, datos e incidencias del procedimiento tramitado, argumenta que “en el momento de la reclamación de responsabilidad patrimonial” el interesado “no tenía reconocido el derecho a la adjudicación de una nueva oficina de farmacia, hecho que el propio reclamante reconoce, justificando su presentación en aras de evitar la prescripción del derecho./ Durante el tiempo de tramitación de este procedimiento (...) tampoco se le ha reconocido este derecho (...). Lo anteriormente expuesto lleva inexorablemente a que debe desestimarse la reclamación (...), pues no queda acreditado daño alguno”, y para que resulte indemnizable “el perjuicio patrimonial ha de ser efectivo (art. 139 de la Ley 30/1992) y real, no basado en meras esperanzas o posibilidades”.

Finalmente, sostiene “que la responsabilidad patrimonial que plantea el reclamante no derivaría directamente de la anulación de un acto administrativo por la sentencia invocada, sino, en su caso, de concurrir los requisitos exigidos para apreciar responsabilidad patrimonial, del posterior reconocimiento del

derecho a una oficina de farmacia en la resolución del concurso convocado una vez retrotraído el procedimiento”.

5. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de abril de 2014, 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 Sanidad, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado 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 en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- El interesado vincula los daños indemnizables a la anulación judicial de una resolución administrativa sobre autorización de oficinas de farmacia y a la demora en la realización de la nueva valoración de los méritos aportados que resulta obligada. Desde tal punto de vista, resultaría de aplicación el artículo 142.4, último inciso, de la LRJPAC, que dispone, para el supuesto de anulación por el orden jurisdiccional de resoluciones o disposiciones impugnadas, que “el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta el día 6 de mayo de 2013, y la sentencia judicial anulatoria de la resolución se dicta con fecha 30 de mayo de 2012, por lo que es claro que la pretensión se habría formulado dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, 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 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

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 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 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 relación con los daños y perjuicios que el interesado vincula a una sentencia que anula una resolución administrativa sobre autorización de oficinas de farmacia y a la demora en la realización de la nueva valoración.

Consta en el expediente que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de mayo de 2012, estimando en parte un recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 1 de abril de 2011, declaró la nulidad de la Resolución del Consejero competente sobre autorización de oficinas de farmacia y ordenó “reabrir el procedimiento administrativo y retrotraerlo, bien para que la Administración tome en cuenta y valore la documentación que tenga en su poder referida al ejercicio profesional alegado por el actor en su solicitud, bien, en otro caso, para requerir a este para que la aporte en un plazo de diez días. Resolviendo tras ello y los otros trámites que en su caso proceden sobre esa solicitud”.

Ahora bien, a tenor de lo establecido en el artículo 142.4 de la LRJPAC, “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”, de modo que la anulación de un acto administrativo se convierte en presupuesto imprescindible pero no suficiente para la declaración de responsabilidad de la Administración autora del mismo. Como en cualquier otro supuesto de responsabilidad patrimonial, el primero de los requisitos que hemos de considerar viene constituido por la efectiva causación de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. En el caso concreto, el interesado cimienta su reclamación sobre la base de considerar que,

fruto de esa nueva valoración de sus méritos, la Comisión de Valoración inexorablemente habrá de concluir adjudicándole una puntuación “presumible mínima de 21,13 puntos”, lo que le “hace esperar cabalmente la inclusión dentro del grupo de los adjudicatarios de una autorización”; probabilidad que califica en su escrito de “certeza”.

Sin embargo, en el curso de la instrucción el propio interesado solicita que se suspenda el procedimiento de responsabilidad patrimonial “hasta que se resuelva si obtengo o no oficina de farmacia”, al asumir que en “caso negativo huelga solicitar ninguna reparación patrimonial”. Y en efecto eso es lo que sucede, dado que, según informa el Servicio de Farmacia, el Consejero de Sanidad dicta, con fecha 31 de enero de 2014, Resolución “por la que se elevan a definitivas las puntuaciones otorgadas a todos los solicitantes”, y “la puntuación definitiva” del interesado “es de 4,92, por lo que no resulta adjudicatario” de ninguna “oficina de farmacia en dicho concurso”.

El requisito de la efectividad del daño exige que el alegado haya de ser real y efectivo y constituye el núcleo esencial de la responsabilidad, lo que determina el fracaso de las pretensiones indemnizatorias sustentadas en meras especulaciones o simples expectativas, de modo que, por regla general, únicamente serán indemnizables los perjuicios ya producidos, aunque, por excepción, puedan ser indemnizados los daños de futuro acaecimiento cuando los mismos sean, como venimos señalando reiteradamente con cita del Tribunal Supremo, “de producción indudable y necesaria por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo y no, por el contrario, cuando se trata de acontecimientos autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio, que es lo que sucede generalmente con las simples expectativas” (por todas, Sentencia de 2 de enero de 1990 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a-).

En este caso es forzoso concluir que el interesado esgrime en su escrito de reclamación una simple expectativa, y que, tal como él mismo reconoce, en caso de no resultar finalmente adjudicatario de una oficina de farmacia “huelga

solicitar ninguna reparación patrimonial”, dado que no podría acreditarse la existencia de daño efectivo alguno.

En consecuencia, la ausencia del requisito esencial de la efectividad del daño conduce, sin más, a la desestimación de la reclamación.

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

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.