

Expediente Núm. 56/2015
Dictamen Núm. 83/2015

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 30 de abril de 2015, 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 10 de marzo de 2015 -registrada de entrada el día 18 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos como consecuencia de la pérdida de valor de una oficina de farmacia.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 3 de octubre de 2014, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la pérdida de valor de una oficina de farmacia.

Relata que “por Resolución de 14 de junio de 2002 la entonces Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (...) convocó concurso público para la autorización de veinticuatro nuevas oficinas de farmacia en varias zonas

(...), una de ellas la zona básica de Salud IV.5 de Oviedo”, y que por Resolución de la citada Consejería de 27 de septiembre de 2005 se autorizó a la reclamante para la apertura de una oficina de farmacia en dicha zona, “permaneciendo (...) abierta de manera permanente desde el año 2006, luego con las correspondientes autorizaciones del Principado de Asturias”.

Señala que el 6 de abril de 2010 “se alcanzó un acuerdo para la venta de la oficina de farmacia por un importe de un millón trescientos mil euros”, y que “llegado el momento de la transmisión (...) se solicita autorización de venta que la Consejería a la que me dirijo deniega”, precisando que “paralelamente la otrora adquirente incoa procedimiento ordinario en vía civil para la resolución del citado contrato de compraventa. Tras los trámites pertinentes y celebración de juicio oral”, el Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Oviedo dicta Sentencia el 4 de octubre de 2014 (*sic*, en realidad 2013) por la que “se declara la resolución, por imposibilidad sobrevenida y sin culpa de la vendedora, del contrato de cesión de oficina de farmacia y venta de local comercial de fecha 6 de abril de 2010”, lo que se le notifica, según indica, el 9 de octubre de 2013. Afirma que en ella “el juzgador expresamente (...) exculpa a la reclamante de la causa de imposibilidad de la cesión e imputa la citada imposibilidad sobrevenida a la actuación de la Administración (...), al baremar de manera incorrecta a los participantes en el concurso antes referido”, subrayando que “lo que aquí sucedió es que en los dos principales procesos en marcha el Tribunal Supremo (...) ratificó las previas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Superior de Justicia (...) en el sentido de que es contrario a derecho el baremo recogido en el anexo del Decreto 72/01 empleado para resolver el concurso de 2002 que permitió la adjudicación de la farmacia” a la reclamante, y manifiesta que “la Consejería, en ejecución de los fallos judiciales, ha retrotraído el trámite del concurso de 2002 a la fase de baremación. Es cierto que, no obstante esta situación, la farmacia litigiosa sigue abierta al público y funcionando (...), por lo que la situación de hecho no se ve alterada, pero también es verdad que nos encontramos en una situación interina” que “impedía a la Administración, a fecha 27-12-12, cuando se interpuso la demanda (...), conceder cualquier autorización de transmisión

sobre las farmacias implicadas en los procesos judiciales debido a las importantes consecuencias que podrían tener los fallos, hasta el punto de que había el riesgo de que la persona que pretendía transmitir perdiese la farmacia ganada en el concurso de 2002". Sostiene que "lo anterior ha venido confirmado por el reciente informe recibido de la Consejería (...), en (el) que se establece que en este momento seguimos en fase de rebaremación (...) y se viene a decir que, por motivos de edad, la farmacia ya no podría ser adjudicada hoy a la demandada. A mayor abundamiento, el Colegio de Farmacéuticos, según dice en su informe (...), tiene constancia" de que a la interesada "se le ha denegado la autorización administrativa para transmitir su establecimiento y le ha sido desestimado el recurso contra tal decisión. De manera que estamos ante un caso claro de resolución de la operación enjuiciada por causas ajenas a la voluntad de las partes; circunstancia que, como dijimos, está expresamente prevista en el contrato. Es la Administración quien, por una incorrección en la baremación y por la serie de sucesos judiciales y administrativos subsiguientes, impide que se autorice la transmisión objeto de este litigio. En este caso (...), lo que procede es que la vendedora devuelva la suma de 200.000 € a la persona que la entregó, sin que haya lugar a aplicar la cláusula penal de tener que abonar otros 200.000 € (...). La estipulación de resolución debida a la actuación de la Administración solo contempla la restitución del dinero recibido como señal pero silencia cualquier referencia a intereses".

Manifiesta la perjudicada que "tras la anulación judicial del contrato de compraventa se procede nuevamente a realizar multitud de gestiones para formalizar nueva venta de la farmacia sin alcanzar acuerdo con persona interesada hasta septiembre de 2014, en la que se formaliza acuerdo de compraventa de farmacia por importe de 600.000 €".

Entiende que se le "ha causado un importante daño patrimonial por importe de 700.000 €, toda vez que existe una actividad de la Administración errónea, un resultado dañoso no justificado y una relación de causa efecto entre aquella y esta. Es obvio que la resolución del contrato de compraventa, y por lo tanto la imposibilidad de que se produjera la transmisión en el precio

pactado de un millón trescientos mil euros es imputable únicamente a la Administración, que como consecuencia de (la) tramitación incorrecta de un concurso ha generado una pérdida de valor en la oficina de farmacia”.

Por ello, solicita el abono de una indemnización por importe total de setecientos mil euros (700.000 €).

Mediante otrosí, propone prueba documental, consistente en que se incorporen al procedimiento los expedientes relativos a la “solicitud de transmisión de oficina de farmacia” y al “concurso de oficinas de farmacia incoado por la Resolución de 14 de junio de 2002, y en concreto todo lo relativo a la ZBS IV.5 Oviedo”, y testifical de un despacho de abogados y economistas para que responda si es “cierto que como consecuencia de la imposibilidad de venta de la oficina de farmacia de (la reclamante) esta ha tenido un perjuicio económico” y para que se valore y “manifieste igualmente si se han realizado (...) gestiones para la venta, explicando el resultado de las mismas”.

Adjunta los siguientes documentos: a) Contrato, datado el 6 de abril de 2010, en el que consta que la reclamante y otra persona “han llegado a un acuerdo sobre la cesión de los derechos de oficina de farmacia y venta de local en que se encuentra ubicada”, fijando el precio de adquisición en 1.300.000 €. b) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Oviedo de 4 de octubre de 2013, en la que figura que la reclamante se opone a la resolución del contrato anterior alegando que la demanda “está motivada por la comprobación de la compradora de que el incremento de ventas que esperaba en 2010 no aconteció y ya no le interesa la farmacia”. En ella se indica que “la interpretación contextualizada del conjunto” de condiciones que figuran en el contrato “lleva a la conclusión de que ambas partes sabían que la Consejería de Salud podía retrasar la concesión para la autorización de la cesión e incluso impedir la”, y que el despacho que se cita “puso a ambas partes al corriente de los procesos judiciales que amenazaban la concesión de la nueva farmacia hecha en su día a la demandada, llegando a contemplarse la posibilidad de que quedase anulado el concurso de adjudicación y hubiese que baremar de

nuevo". c) Contrato de cesión de oficina de farmacia, datado el 30 de mayo de 2014, cuyo precio asciende a seiscientos mil euros (600.000 €).

2. Mediante Providencia del Consejero de Sanidad de 10 de octubre de 2014, se designa instructor del procedimiento y se deja constancia del plazo de resolución del mismo y de los efectos del silencio administrativo, lo que se notifica a la reclamante y a la compañía aseguradora el 22 de octubre de 2014.

3. El día 21 de octubre de 2014, el Instructor del procedimiento, antes de resolver sobre la prueba propuesta por la reclamante, le concede un plazo de diez días para que identifique la documentación concreta que entiende necesario incorporar al mismo, "justificando su relevancia", dado que el expediente cuya incorporación interesa puede "contener datos personales y documentación que no guarda relación o pueden no tener incidencia en la reclamación planteada". Consta su recepción el día 24 de octubre de 2014.

4. Con idéntica fecha, el Instructor del procedimiento solicita un informe al Servicio de Farmacia.

El día 6 de noviembre de 2014, la Jefa del Servicio de Farmacia señala que "con fecha 14 de junio de 2002 la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios dicta resolución mediante la que convoca concurso para la autorización de dos nuevas oficinas de farmacia en la Zona Farmacéutica (ZBS) IV.5. Oviedo (...). Con fecha 27 de septiembre de 2005 la Consejería (...) dicta resolución mediante la que autoriza a (la reclamante) y a otra farmacéutica a designar, respectivamente, un local para la instalación de nueva oficina de farmacia en la zona farmacéutica (ZBS) IV.5. Oviedo (...). Con fecha 5 de septiembre de 2006 la Consejería (...) dicta resolución autorizando a (la reclamante) a efectuar la instalación de la oficina de farmacia que tenía concedida en el local designado (...). Levantándose acta de apertura y funcionamiento de la oficina de farmacia el día trece de diciembre de dos mil seis". Tras reseñar los procesos contencioso-administrativos seguidos ante el

Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y el Tribunal Supremo contra el Decreto 72/2001, de 19 de julio, Regulator de las Oficinas de Farmacia y Botiquines en el Principado de Asturias, y la Resolución de 14 de junio de 2002, por la que se convocó concurso para la autorización de nuevas oficinas de farmacia, da cuenta de las Resoluciones dictadas por la Consejería de Sanidad los días 5 y 6 de noviembre de 2012 para la ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 30 de mayo y 4 de julio de 2012.

Por lo que se refiere al caso, precisa que la de 6 de noviembre de 2012 acordó "retrotraer las actuaciones correspondientes al procedimiento iniciado por Resolución (...) de fecha 14 de junio de 2002 (...) al momento de la valoración de los méritos de los solicitantes por la Comisión de Valoración" en los términos que expone. Aclara que por Resolución de 31 de enero de 2014 "se elevaron a definitivas las puntuaciones otorgadas a todos los solicitantes (...), abriéndose un periodo de elección de zona a los concursantes que hubieran optado a más de una de ellas", y que por Resolución de 9 de septiembre de 2014 se acuerda autorizar a otra persona y a la interesada "a designar, respectivamente, un local para la instalación de nueva oficina de farmacia en la ZBS IV.5 Oviedo", especificando "que el plazo de designación de local correspondiente a (la reclamante) comenzará a computarse a partir del siguiente al de la recepción de la notificación de la resolución del procedimiento de designación de local referente" a la persona que podía hacerlo antes que ella. El informe aclara que a la fecha de su emisión -5 de noviembre de 2014- quien tenía prioridad respecto a la reclamante no ha "procedido a designar local para la ubicación de (...) oficina de farmacia".

En cuanto a la perjudicada, menciona que "presentó dos solicitudes de autorización para transmitir la oficina de farmacia (...), una el 17 de diciembre de 2013 (*sic*, en realidad 2012) y otra el 19 de marzo de 2014", que fueron denegadas por Resoluciones de 4 de marzo de 2013 y 23 de septiembre de 2014 "al verse afectada la validez de la autorización de esta oficina de farmacia" por los procesos referidos. Pone de relieve que contra la Resolución de 4 de marzo de 2013 "interpuso recurso de reposición que fue desestimado por Resolución del (...) Consejero de Sanidad de fecha 29 de abril de 2013", y

que contra ella interpuso recurso contencioso-administrativo cuya caducidad fue declarada por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias el 19 de noviembre de 2013.

Consigna como normativa aplicable en materia de farmacia el artículo 31 de la Ley del Principado de Asturias 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica, que, bajo la rúbrica "Transmisión de titularidad", prevé que, para "poder proceder a la transmisión de una oficina de farmacia, ésta deberá haber permanecido abierta al público y mantenido la misma titularidad o cuota de titularidad, si fuera el caso, durante seis años consecutivos", por lo que, "aun en el caso de que esta oficina de farmacia no se hubiera visto afectada por los procedimientos judiciales anteriormente descritos, puesto que se abrió al público el día trece de diciembre de dos mil seis (...), en aplicación del artículo 31 de la citada Ley 1/2007, la transmisión no podría tener lugar, previa autorización administrativa, hasta el trece de diciembre de 2012 y nunca el 6 de abril de 2010".

Adjunta los documentos en los que se basa el informe.

5. El día 17 de noviembre de 2014, el Instructor del procedimiento acuerda "abrir un periodo de prueba de 30 días desde la fecha de la presente providencia para la práctica de las (...) declaradas pertinentes" y admitir las que se indican. Respecto a la incorporación de las resoluciones correspondientes al concurso de oficinas de farmacia que afectan a la Zona Básica IV.5 Oviedo, señala que "se considera suficiente la incorporación de las resoluciones adoptadas que afecten a la Zona Básica IV.5 Oviedo". Por lo que se refiere a la testifical, acuerda librar oficio a la mercantil de asesoramiento legal y económico identificada para que "conteste si es cierto que como consecuencia de la imposibilidad de venta de la oficina de farmacia" de la reclamante "esta ha tenido un perjuicio económico, valórese y manifieste igualmente si se han realizado por la citada mercantil gestiones para la venta, explicando el resultado de las mismas".

También acuerda practicar otras pruebas de oficio, entre ellas, testifical de la misma mercantil sobre "si mantiene o ha mantenido (...) relación jurídica

que hubiera tenido o tenga como objeto la prestación de servicios de gestión o asesoramiento jurídico” con la interesada “en relación con la oficina de farmacia (...), con independencia de la calificación jurídica de dicha relación”.

El día 18 de noviembre de 2014, la Jefa del Servicio de Farmacia remite al Instructor del procedimiento una copia de tres resoluciones, la última de las cuales, de 5 de septiembre de 2006, autoriza a la reclamante a instalar la oficina de farmacia que tiene concedida en el local por ella designado.

6. Con fecha 14 de noviembre de 2014, la perjudicada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que interesa que “se traiga al presente expediente la totalidad del (...) correspondiente a la ZBS IV.5 Oviedo, desde su inicio y hasta la actualizada, incluyendo los procedimientos administrativos o judiciales ordinario o de ejecución, aun cuando no hubieran finalizado”, y los “seguidos ante el Tribunal Supremo” que identifica, así como los que dan lugar a los mismos, y el relativo a la “solicitud de transmisión de oficina de farmacia”.

Manifiesta que “la totalidad de la documental (que) se solicita se incorpore consta como causa de la desestimación de la autorización de venta de la farmacia de la reclamante y, por tanto, son la causa que genera la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Mediante diligencia de 21 de noviembre de 2014, el Jefe del Servicio de Asuntos Jurídicos deja constancia de que el escrito “fue recibido” en el referido Servicio en dicha fecha.

7. El día 25 de noviembre de 2014, el Instructor del procedimiento dicta providencia en la que argumenta, en relación con la incorporación de la totalidad del expediente correspondiente a la Zona Básica IV.5 Oviedo, que “no se puede admitir la prueba en los términos propuestos, que además resultaría totalmente desproporcionada. Basta decir para justificar esto que el concurso de oficinas de farmacia, en sus distintas fases, ha sido objeto de decenas de recursos contencioso-administrativos que han sido desestimados y que, en consecuencia, ninguna incidencia tienen sobre el presente

procedimiento, que tiene un objeto concreto identificado en la reclamación. El motivo de denegación de la autorización de transmisión son unas sentencias determinadas que ya obran en el expediente”, por lo que acuerda admitir “únicamente la incorporación de copia del expediente administrativo específico correspondiente a la Zona Básica IV Oviedo, en lo que afecta a la farmacia” de la interesada, “es decir, la elección de zona y designación de local”. Añade que “en dicha zona se abrió otra oficina de farmacia, constando en el expediente las resoluciones correspondientes a la misma”, y que “no consta, ni ha aportado la reclamante elemento alguno que haga presumir relevante para el objeto de este procedimiento la inclusión de toda la documentación referida a esta otra oficina”.

Al respecto, acuerda incorporar los Autos del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias relativos a las Resoluciones de 22 de abril y 23 de julio de 2013, y solicitar al Servicio Jurídico del Principado de Asturias un informe sobre si los mismos son firmes y, en su caso, los pronunciamientos judiciales recaídos en ellos.

En cuanto a la incorporación de los procedimientos seguidos ante el Tribunal Supremo, razona que “en los términos en que está planteada resulta desproporcionada, no quedando acreditado por la reclamante la relevancia de incluir toda esa documentación”, consistente en “más de una veintena de cajas de archivo en las que además constan datos personales de terceras personas”, y recuerda que “las sentencias dictadas en dichos recursos (...) ya se encuentran incorporadas” al expediente.

Por último, acuerda la incorporación al expediente del relativo a la solicitud de transmisión de la oficina de farmacia de la reclamante, pues en él “se dictó el acto administrativo de denegación de la autorización en la que se fundamenta la reclamación”, manteniéndose “asimismo las pruebas admitidas por Providencia de fecha 17 de noviembre de 2014”.

8. Mediante oficio de 26 de noviembre de 2014, el Instructor del procedimiento solicita a la Jefa del Servicio Jurídico del Principado de Asturias un informe en relación con la firmeza de los Autos del Tribunal Superior de

Justicia del Principado de Asturias de 22 de abril y 23 de julio de 2013, dictados en el procedimiento de ejecución definitiva de las sentencias del Tribunal Supremo, y que se especifique si los mismos son firmes, y que se remitan, en su caso, los pronunciamientos judiciales recaídos.

El día 27 de noviembre de 2014 se adjuntan al expediente los citados autos, según consta en la diligencia extendida al efecto.

9. Con fecha 28 de noviembre de 2014, la Jefa del Servicio de Farmacia remite al Instructor del procedimiento una copia del expediente relativo a la instalación de una oficina de farmacia a instancia de la reclamante, y del incoado para la transmisión de la misma.

10. El día 28 de noviembre de 2014, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito al que acompaña copia compulsada de los documentos de cesión de oficina de farmacia, fechados el 6 de abril de 2010 y el 30 de mayo de 2014.

11. Con fecha 3 de diciembre de 2014, un economista, en nombre y representación de la mercantil identificada por la perjudicada, presenta un escrito en el que da respuesta a las preguntas formuladas por el Instructor del procedimiento. Entre otros extremos, y tras señalar que la reclamante "es cliente de esta mercantil desde hace varios años", precisando posteriormente que realiza para ella "gestiones de asesoramiento jurídico", expone que "la pérdida de valor estimada de la farmacia es superior al 50%, siendo la causa de la misma las variaciones experimentadas en el mercado como consecuencia de diversas circunstancias administrativas, fiscales y de variaciones de precios"; "opinión" que "aparece refrendada en artículo publicado el pasado día 30 de noviembre en el diario" que identifica, y cuya copia -según indica- acompaña. El escrito figura sin firma, y no se adjunta reseña de prensa alguna, si bien se presenta nuevamente, ya firmado, el día 16 del mismo mes.

12. Mediante oficio de 3 de diciembre de 2014, la Jefa del Servicio Jurídico del Principado de Asturias aclara que los “autos no son firmes, al haberse declarado por auto de fecha 20 de marzo de 2014 la admisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal” de una tercera persona contra el primero de ellos. Se adjunta copia de este último.

13. El día 18 de diciembre de 2014, el Instructor del procedimiento requiere al Servicio de Farmacia un informe en el que se especifique si el documento de cesión de oficina de farmacia de 6 de abril de 2010 “fue notificado a ese Servicio de Farmacia y, en su caso, fecha de notificación”.

Con fecha 8 de enero de 2015, el Servicio de Farmacia informa que “el documento de cesión de farmacia y venta de local comercial de referencia no ha sido notificado” al referido Servicio.

14. Mediante oficio de 14 de enero de 2015, el Instructor del procedimiento solicita al Servicio Jurídico del Principado de Asturias un informe en el que se precise “si las sentencias del Tribunal Supremo” que identifica, relacionadas con el presente procedimiento, “son firmes y fecha de la firmeza”.

El día 23 de enero de 2015, la Jefa del Servicio Jurídico del Principado de Asturias indica que dichas sentencias alcanzaron firmeza los días 4, 3 y 4 de septiembre de 2012, respectivamente. Pone de manifiesto también que la ejecución de dos de ellas ha sido recurrida.

15. Con fechas 3 y 5 de febrero de 2015, respectivamente, el Instructor del procedimiento notifica a la compañía aseguradora y a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 4 de febrero de 2015 se persona en las dependencias administrativas un tercero, que acompaña un documento privado en el que la perjudicada le autoriza a realizar las gestiones necesarias en el expediente, y obtiene una copia de diversa documentación obrante en el mismo, según consta en la diligencia extendida al efecto.

Con fecha 16 de febrero de 2015, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que destaca que “la fecha que las partes acuerdan para la transmisión es enero de 2013, esto es 6 años después (la farmacia abrió en diciembre de 2006) de la apertura”, y que “a lo largo del expediente no aparece mención alguna respecto al daño patrimonial” causado, “a excepción de la prueba solicitada por esta parte en la que el administrador (...) valora el perjuicio (en) 700.000 €, sin que se haya aportado ningún informe contradictorio que lo contradiga”. Concluye que “se dan la totalidad de los requisitos que la jurisprudencia, en interpretación del art. 139 de la LRJPAC, establece para que surja la obligación de la Administración de indemnizar”.

Considera que “es claro que la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración no surge por el mero hecho de que una sentencia declare la nulidad de la resolución administrativa, sino que además deben concurrir, como sucede en este caso, todos los requisitos necesarios para el nacimiento de semejante derecho, toda vez que la imposibilidad de realizar la transmisión se ha producido por un funcionamiento anormal de la Administración, según determina” el Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Oviedo al declarar en su sentencia que “es la Administración quien, por una incorrección en la baremación y por la serie de sucesos judiciales y administrativos subsiguientes, impide que se autorice la transmisión objeto de este litigio”, lo que ha generado un daño antijurídico, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual que el que lo sufre no tenía el deber jurídico de soportar, y que se ha cuantificado de manera correcta”.

16. El día 26 de febrero de 2015, el Instructor del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Afirma que “la causa de la denegación de autorización se encuentra en la anulación de una disposición y un acto administrativo por una Sentencia del Tribunal Supremo, por lo que el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad es el establecido en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992”, en el que se dispone “que el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”, por lo que, “dictada la

Sentencia el 10 de mayo de 2012”, y “siendo firme el 4 de septiembre de 2012 (...), debe concluirse que se encuentra prescrita la acción para reclamar, al haber transcurrido más de un año desde la anulación del acto administrativo”. Añade que “desde la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo la reclamante ya era cabalmente conocedora de que no era posible autorizar la cesión acordada en 2010, y, en consecuencia, podría haber ejercitado las acciones de responsabilidad oportunas”.

Sostiene que, “con independencia de que se considere que ha prescrito la acción (...), no existe un daño antijurídico” ni “un daño real acreditado”. Explica que la primera “autorización no se solicita hasta el 17 de diciembre de 2012, pero en esa fecha no se puede autorizar (...) por la anulación operada por las Sentencias del Tribunal Supremo”, por lo que “el expresado contrato de cesión de oficina de farmacia y venta de local comercial por 1.300.000 euros, suscrito a los tres años y unos meses de la apertura de la oficina de farmacia, ni fue notificado a la Administración, ni fue autorizado por esta, ni tan siquiera se solicitó la misma”, y ello por la simple razón de “que en dicha fecha no se podía autorizar la transmisión de la oficina de farmacia”, dada la limitación establecida en el artículo 31.2 de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica. En consecuencia, “el citado precio de transmisión en ningún caso se puede tomar como referencia del valor de la oficina de farmacia”.

En cuanto al nexo causal, expone que “la reclamante ha venido regentando desde el año 2006 una oficina de farmacia adjudicada de acuerdo con un baremo declarado ilegal parcialmente. La parte del baremo declarado ilegal no le perjudicó en su puntuación, sino que se benefició de la mayor valoración concedida a la experiencia obtenida en Asturias”, precisando a continuación que “el daño que alega (...) viene determinado no por no ser adjudicataria de una oficina de farmacia sino por la imposibilidad de vender la oficina de farmacia al precio acordado en abril de 2010”; fecha en la que, en aplicación del plazo ya señalado, no cabía la transmisión.

Por último, subraya que el daño alegado es “hipotético, pues la transmisión pactada el 30 de mayo de 2014 aún no se formalizó, ni se ha

obtenido autorización para ello (...). En cualquier caso, el menor valor de venta, aun en el caso (de) que se acreditase, no sería imputable a la Administración, sino a la evolución de los precios de las oficinas de farmacia debido a la situación económica”, como reconoce el informe del economista incorporado al expediente.

17. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de marzo de 2015, 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 la interesada, como titular de una oficina de farmacia cuya cesión se encuentra sometida a autorización de la Administración del Principado de Asturias, 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 en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”.

En el supuesto ahora examinado la reclamación se presenta con fecha 3 de octubre de 2014, vinculándola la interesada directamente con la resolución del contrato de cesión de la oficina de farmacia declarada por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Oviedo de 4 de octubre de 2013. En cambio, la propuesta de resolución considera que la acción ha prescrito, al entender que resulta aplicable el plazo establecido en el artículo 142.5 de la LRJPAC, pues -afirma- se trata de un supuesto de “responsabilidad patrimonial originada por la anulación de un acto administrativo”, concretamente la Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sociales de 14 de junio de 2002, por la que se “convocó concurso para la autorización de veinticuatro nuevas oficinas de farmacia”, cuya nulidad declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2012, en la que además se declaró la nulidad 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.

Este Consejo estima necesario, a fin de determinar el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción, delimitar de forma precisa el perjuicio por el que se reclama, así como la actuación concreta que origina el mismo. Por lo que se refiere a esta última, y a propósito del razonamiento expresado en la propuesta de resolución, discrepamos de la consideración de la declaración judicial de nulidad del acto administrativo de convocatoria del concurso a resultas del cual la interesada obtuvo la licencia como fecha de referencia a estos efectos, pues no es esta la que de forma inmediata origina el concreto

daño invocado, y su causa tampoco radica, sin más, en la denegación de la autorización para la transmisión en el año 2013. Ha de tenerse en cuenta que la reclamante alega como perjuicio la “pérdida de valor” derivada del retraso en la venta de la farmacia, no la frustración de la primera venta (que supuso la obligación de restitución de los 200.000 euros fijados como señal en el contrato de cesión, suscrito en abril de 2010, en virtud de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Oviedo de 4 de octubre de 2013).

Debemos recordar que en la aplicación del instituto de la prescripción opera el principio de la *actio nata*, según el cual para fijar el *dies a quo* del cómputo de la prescripción hay que tener presente que “la acción solo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad” (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª-). Pues bien, debe retenerse, en primer lugar, que la depreciación alegada como perjuicio no deriva -como acabamos de decir- del acto de denegación de la transmisión acontecida en el año 2013, pues del mismo sería consecuencia directa, además de la apuntada pérdida de la señal, la imposibilidad de vender la farmacia por el precio pactado de 1.300.000 €, y no es tal el objeto de la reclamación. Es este un daño cuantificable que se produce en el momento en el que existe una segunda transacción que evidencia la “pérdida de valor” invocada; todo ello, sin perjuicio de las consideraciones que respecto a la efectividad de la misma puedan proceder.

En suma, este Consejo considera que en el presente supuesto los citados elementos del concepto de lesión -“el daño y la comprobación de su ilegitimidad”- concurren tras la resolución judicial del contrato de cesión de farmacia documentado en el año 2010, acontecida en el mes de octubre de 2014 en virtud del pronunciamiento judicial reseñado, y que se encuentra precedido de un segundo acuerdo de transmisión plasmado en el documento suscrito con un nuevo comprador en el mes de mayo del mismo año. Es en ese momento cuando el “efecto lesivo” de la actuación administrativa, en los concretos términos en que se pretende, alcanza una plenitud claramente

diferenciada del hecho de haber impedido la actuación administrativa cuestionada una primera venta -pues, ha de insistirse, no es el importe de la misma el daño alegado-, así como de las consecuencias -la apertura de un nuevo proceso de adjudicación que no implicó la pérdida de titularidad de la farmacia en ese momento, ni hasta la fecha- derivadas de la nulidad de la Resolución de 14 de junio de 2002, por la que se convocó el concurso para la autorización, entre otras, de la oficina de farmacia controvertida. En este sentido, entiende correctamente la reclamante que "la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración no surge por el mero hecho de que una sentencia declare la nulidad de la resolución administrativa", reiterando que "la imposibilidad de realizar la transmisión se ha producido por un funcionamiento anormal de la Administración, según determina" la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Oviedo al afirmar "expresamente" que "es la Administración quien, por una incorrección en la baremación, y por la serie de sucesos judiciales y administrativos subsiguientes, impide que se autorice la transmisión objeto de este litigio". De su planteamiento se desprende, ciertamente, que es este último pronunciamiento judicial el que le permite alcanzar convicción respecto a la ilegitimidad del perjuicio sufrido, el específico "detrimento patrimonial injustificado" frente al que ahora actúa. Resulta clarificador para este discernimiento -clave en la determinación del *dies a quo*- el tenor literal de la propuesta de resolución, que, si bien acierta al declarar que el daño que alega la interesada "viene determinado no por no ser adjudicataria de una oficina de farmacia" -que derivaría de una eventual pérdida de la titularidad que no ha sido declarada, ni se deduce, de la nulidad judicial del acto administrativo reseñado-, yerra al estimar el perjuicio vinculado únicamente a "la imposibilidad de vender la oficina de farmacia al precio acordado en abril de 2010", pues, al margen de otras cuestiones, no es este el daño aislado que constituye el objeto de la reclamación.

Atendiendo a lo expuesto, consideramos que, declarada judicialmente la resolución del contrato de cesión de farmacia suscrito el día 6 de abril de 2010 mediante Sentencia de 4 de octubre de 2013, y aun desconociendo la fecha de

su notificación a la interesada, la reclamación presentada el 3 de octubre de 2014 ha sido formulada en plazo.

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, observamos que el Instructor del procedimiento, acogiendo la propuesta de la perjudicada de practicar prueba testifical, dirige un oficio a un despacho de economistas a fin de que "por escrito conteste" diversas cuestiones sobre el perjuicio económico causado a aquella. Cabe advertir que la forma y el contenido expuestos son los propios de una prueba pericial, y no de una testifical, cuya naturaleza, como hemos señalado en ocasiones anteriores, ha de responder a los principios de oralidad e inmediatez del instructor inherentes a la misma. Ahora bien, dado el valor que la propia reclamante le confiere a efectos probatorios -teniendo ocasión de examinarlo con motivo del trámite de audiencia-, ninguna objeción presenta su incorporación al expediente en el modo en que se realiza.

Finalmente, en cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que en la fecha de entrada del expediente en este Consejo aún no se había rebasado el de seis meses establecido en el artículo 13.3 del mencionado Reglamento, pero sí los plazos parciales para la adopción de los actos de trámite e instrucción que, junto al plazo de dos meses para la emisión de dictamen por este Consejo -artículo 12.2 *in fine* de la misma norma-, constituyen el tiempo reglamentariamente fijado para la resolución del procedimiento. Presentada la reclamación que ahora examinamos con fecha 3 de octubre de 2014, y recibida la solicitud de dictamen en este Consejo el día

18 de marzo de 2015, no podrá la Administración aprobar en tiempo la correspondiente resolución. No obstante, ello no impide que esta se adopte, 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 expediente de responsabilidad patrimonial en el que la titular de una oficina de farmacia solicita una indemnización por la pérdida de valor experimentada por la misma durante el lapso temporal transcurrido entre los años 2010 y 2014 y que atribuye a un funcionamiento anormal de la Administración, constatado, a su juicio, en la sentencia que anuló la primera operación de transmisión.

Como ya hemos dejado expuesto, el primero de los requisitos que debe valorarse en el análisis de cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial, y por tanto también en esta, es el de la efectividad del daño alegado, esto es, la existencia, acreditada, de un perjuicio que ha de ser real y efectivo. Tal circunstancia, que constituye el núcleo esencial de la responsabilidad, determina el fracaso de las pretensiones indemnizatorias sustentadas en meras especulaciones o simples expectativas, lo que implica que, por regla general, únicamente sean indemnizables los perjuicios ya producidos. Como excepción, podrán ser indemnizados los daños de futuro acaecimiento únicamente cuando los mismos sean, como viene señalando reiteradamente el 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 aconteceres 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 1.ª-).

En el supuesto que nos ocupa, la depreciación alegada por la reclamante equivale a la diferencia entre los precios fijados en un acuerdo de cesión suscrito en el mes de abril de 2010 -en el que aquel ascendía a 1.300.000 €- y un segundo acuerdo firmado en el año 2014 -en el que el precio sería de 600.000 €-. En apoyo de su pretensión esgrime el informe pericial elaborado por un economista sobre cuyo contenido no nos pronunciaremos sin analizar previamente la determinación, como precios de referencia, de las cantidades indicadas, dadas las objeciones que a la misma cabe plantear en orden a establecer la efectividad del daño.

En primer lugar, tal y como constata la propuesta de resolución, la existencia de un perjuicio patrimonial exigiría que la transmisión acordada en el año 2014 se hubiera formalizado, lo que no ha ocurrido, sin que pueda culminarse hasta que el proceso de elección de la reclamante finalice. Por tanto, el detrimento patrimonial denunciado no se habría producido en aquel momento, habiéndose denegado la solicitud de autorización realizada en el año 2014 y sin que conste la presentación de recurso alguno contra la misma (que, en cambio, sí interpuso frente a la primera).

En segundo lugar, como acertadamente se observa durante la instrucción del procedimiento, la cantidad establecida en el mes de abril de 2010 no puede ser tomada, sin más, como referencia a los efectos pretendidos, al no ser posible en esa fecha la transmisión de la farmacia por la limitación legal contenida en el artículo 31.2 de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica; limitación que la reclamante reconoce. Por tanto, el valor inicial de referencia de la farmacia no debería ser el fijado en 2010, sino el correspondiente al momento en que la titular solicita la autorización para la transmisión, lo que no sucede hasta el mes de diciembre de 2012.

En suma, el perjuicio económico alegado no se sustenta, por lo expuesto, en hechos y datos cuya existencia se haya constatado, sin que se haya materializado tampoco su producción al no haber existido una variación

real en el patrimonio de la reclamante. Además, el informe pericial incorporado al expediente a su instancia no corrobora -como veremos a continuación- la causa de la "pérdida de valor" esgrimida por ella -que, en realidad, califica como "pérdida de valor estimada"-, pues, en lo que ahora interesa, simplemente confirma la manifiesta diferencia de los precios pactados en las dos operaciones.

No obstante la anterior conclusión, no pueden dejar de realizarse ciertas consideraciones sobre la relación de causalidad invocada por la perjudicada, quien sostiene que "el juzgador expresamente en su sentencia" (en referencia a la que declaró la nulidad de la transmisión) "exculpa a la reclamante de la causa de imposibilidad de la cesión e imputa la citada imposibilidad sobrevenida a la actuación de la Administración (...), al baremar de manera incorrecta a los participantes en el concurso antes referido". Sin embargo, pese al tenor literal de dicho pronunciamiento judicial (en el que se señala que "es la Administración quien, por una incorrección en la baremación, y por la serie de sucesos judiciales y administrativos subsiguientes, impide que se autorice la transmisión objeto de este litigio"), no cabe interpretar que se está realizando en él una valoración de la actuación de la Administración a efectos de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial -pues no es este, como resulta evidente, el objeto de la cuestión litigiosa sustanciada y sobre la que dicho procedimiento judicial resuelve-; menos aún, entender que se está efectuando una imputación, como aduce la interesada.

A mayor abundamiento, la construcción del nexo causal requiere la lógica determinación del origen del perjuicio causado (la diferencia de valor entre los precios pactados en los años 2010 y 2014), y al respecto presenta especial relevancia el informe pericial ya citado, en el que literalmente se atribuye la "pérdida de valor estimada" a "las variaciones experimentadas en el mercado como consecuencia de diversas circunstancias administrativas, fiscales y de variaciones de precio"; opinión que -según indica- refrendaría un artículo de la prensa regional. Con independencia de la imprecisión del informe, es obvio que el mismo no permite sostener en ningún caso que la depreciación alegada se deba exclusivamente a la imposibilidad de efectuar la

transmisión en el momento en que la interesada hubiera deseado, como tampoco resulta necesario, dado su contenido, aportar un “informe contradictorio” que rebata sus afirmaciones, tal y como considera la reclamante en las alegaciones realizadas con ocasión del trámite de audiencia.

Por otra parte, no podemos dejar de observar que entre las diversas “circunstancias” que han afectado al volumen de negocio del sector de forma relevante se encuentran las modificaciones normativas introducidas a partir del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas Urgentes para garantizar la Sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la Calidad y Seguridad de sus Prestaciones; normativa dictada de acuerdo con la competencia exclusiva que en favor del Estado reconoce el artículo 149.1.16.^a de la Constitución en materia de “Legislación sobre productos farmacéuticos”.

Asimismo, advertimos que del expediente se desprende la concurrencia de un elemento adicional que distorsiona la dinámica de las negociaciones incidiendo en las oportunidades de concluir una operación satisfactoria para la parte vendedora. Tal es la necesidad de transmitir, por imperativo legal, la farmacia al haber cumplido su titular la edad de 65 años el 21 de agosto de 2012 (según ella misma declara), ya que a partir de ese momento dispone de un plazo de 60 meses para efectuar la transmisión (artículo 32.3 de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica). Por ello, entendemos que, si bien resulta innegable que la imposibilidad para la venta deriva directamente de la denegación de la autorización administrativa, consecuencia a su vez de los pronunciamientos judiciales relativos al concurso convocado en el año 2002, las dificultades para “obtener un precio óptimo” (empleando la expresión del informe aludido) se relacionan también con la obligación de proceder a la cesión en un momento determinado sin posibilidad de esperar a una coyuntura económica más favorable.

En definitiva, estimamos que no concurre en la presente reclamación la acreditación del primero de los requisitos que justifican la declaración de responsabilidad patrimonial, cual es la prueba de la existencia de un daño real y efectivo, y tampoco se ha acreditado relación de causalidad alguna entre el supuesto daño alegado -pérdida de valor de una oficina de farmacia- y la

denegación de la autorización para su transmisión. Por tanto, la reclamación debe ser desestimada.

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,