

Secció III. Altres disposicions i actes administratius

ADMINISTRACIÓ DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA CONSELLERIA DE SALUT

10711

Resolució per la qual es desestima la sol·licitud de declaració de nul·litat pel procediment de revisió d'ofici de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 per la qual es convoca un concurs d'adjudicació de 4 oficines de farmàcia (Exp. SG/SJ 441/15)

Antecedents

1. El 27 d'agost de 2015, el senyor Cristóbal Pons Servera, farmacèutic que participa en el concurs per a l'adjudicació de 4 oficines de farmàcia (3 a la zona de Palma i 1 a la zona de Binissalem) convocat mitjançant la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 —Resolució que es dicta en execució parcial i provisional de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 23 de gener de 2014—, va presentar una sol·licitud d'iniciació del procediment de revisió d'ofici d'actes nuls, pels motius que s'esmenten més endavant, per mitjà de la qual demanava que es declaràs nul de ple dret l'apartat 2.7 de l'annex 1 de la Resolució esmentada per la qual s'estableixen les bases que han de regir el concurs. Aquest escrit va tenir entrada a la Secretaria General de la Conselleria de Salut el 3 de setembre de 2015 (no d'agost com consta per error en la nota interna de remissió).

2. El 25 de setembre de 2015, la consellera de Salut va dictar una resolució per la qual s'admetia a tràmit el procediment de revisió d'ofici instat mitjançant la sol·licitud formulada pel senyor Pons, en designava l'instructor i disposava que es notificàs la Resolució a la persona interessada als efectes que corresponguessin; notificació que es va dur a terme de manera efectiva el dia 6 d'octubre.

3. El 15 d'octubre de 2015 es va donar compliment a la previsió de la base 4 de l'annex 1 de la Resolució de convocatòria del concurs, d'acord amb la qual totes les notificacions a les persones interessades en el concurs es durien a terme mitjançant la notificació edictal en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*.

4. Malgrat això i que aquesta revisió d'ofici és un procediment connex i derivat de la convocatòria per a l'adjudicació d'oficines de farmàcia articulada per la Resolució de 22 d'octubre de 2014, ja que al cap i a la fi es tracta d'un procediment administratiu diferent, es va atorgar també un termini d'audiència a les persones interessades, considerant com tals els participants en el concurs d'adjudicació esmentat, tràmit que va concloure per mitjà de la publicació en el tauler edictal únic del *Butlletí Oficial de l'Estat* de la notificació de la concessió del termini d'audiència a les persones interessades a les quals després de dos intents en la forma establerta no va ser possible notificar-los personalment l'atorgament del termini esmentat.

En concret, la publicació en el BOE es va dur a terme el 4 de desembre de 2015.

Així mateix, cal destacar que varen formular al·legacions dins del termini atorgat un total de nou persones interessades; concretament la Sra. Hilda María González San Miguel, la Sra. Francisca Ana Oliver Quetglas, el Sr. Manuel Álvarez Barrientos, el Sr. Mateu Tous Vanrell, la Sra. Isabel María Oliver, el Sr. Miguel Mir Sagristà, la Sra. María Apolonia Salvà Cerdà, el Sr. Pedro Ventayol Aguiló i la Sra. Josefa Leonor Anrubia Cebolla, al·legacions que es varen tenir en compte en les consideracions jurídiques de la proposta de resolució que es va emetre en el procediment.

5. Tot seguit es va atorgar un termini d'audiència al promotor de l'expedient, el senyor Pons, mitjançant un ofici notificat el dia 28 de gener de 2016.

En qualsevol cas, cal recordar que l'interessat havia comparegut anteriorment a les dependències de la Conselleria de Salut —el 3 de desembre de 2015— i va sol·licitar veure l'expedient i una còpia de les al·legacions formulades fins aleshores, vista i còpies que va obtenir en el mateix acte, segons queda acreditat en l'expedient.

El senyor Pons, no va formular noves al·legacions en el tràmit d'audiència.

6. El dia 15 de març de 2016 l'instructor de l'expedient va formular una proposta de resolució, la qual juntament amb l'expedient administratiu format es va trametre en la forma escaient al Consell Consultiu de les Illes Balears perquè n'emetés el dictamen preceptiu.

7. El 25 d'abril de 2016, el Consell Consultiu de les Illes Balears va requerir a la Conselleria de Salut l'acreditació d'haver citat en audiència totes les persones interessades en el procediment. Arran d'això es va advertir que una de les persones admeses en la relació definitiva d'admesos per participar en el concurs d'adjudicació d'oficines de farmàcia impugnat no havia estat citada en audiència. Es va esmenar



aquest defecte concedint a la interessada el termini preceptiu, durant el qual no va formular al·legacions. Aquests extrems es varen acreditar davant el Consell Consultiu de les Illes Balears el 3 de juny de 2016, així com l'opinió de l'instructor que, esmenat el defecte i atesa la manca de noves al·legacions per part de la darrera interessada notificada, es podia ratificar i donar per vàlida la proposta de resolució formulada el 15 de març de 2016, sense necessitat de formular una nova proposta de resolució.

8. En la sessió de 28 de juny de 2016, el Consell Consultiu de les Illes Balears va emetre el Dictamen 92/2016, desfavorable a la revisió d'ofici sol·licitada pel senyor Cristóbal Pons Servera.

Consideracions jurídiques

1. En relació amb el procediment, l'article 102.1 i 5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, disposa:

Article 102

Revisió de disposicions i actes nuls

1. Les administracions públiques, en qualsevol moment, per iniciativa pròpia o a sol·licitud d'un interessat, i amb el dictamen favorable previ del Consell d'Estat o òrgan consultiu equivalent de la comunitat autònoma, si n'hi ha, han de declarar d'ofici la nul·litat dels actes administratius que hagin posat fi a la via administrativa o que no hagin estat recorreguts en el termini corresponent, en els supòsits que preveu l'article 62.1.

[...]

5. Quan el procediment s'hagi iniciat d'ofici, el transcurs del termini de tres mesos des de l'inici sense que es dicti resolució produeix la seva caducitat. Si el procediment s'ha iniciat a sol·licitud d'un interessat, es pot entendre desestimada per silenci administratiu.

2. Per la seva banda, l'article 62.1 b i e de la mateixa Llei, pel que fa a les causes de nul·litat dels actes administratius, disposa:

Article 62

Nul·litat de ple dret

1. Els actes de les administracions públiques són nuls de ple dret en els casos següents:

[...]

b) Els que dicti un òrgan manifestament incompetent per raó de la matèria o del territori.

[...]

e) Els que es dictin prescindint totalment i absolutament del procediment establert legalment o de les normes que contenen les regles essencials per a la formació de la voluntat dels òrgans col·legiats.

[...]

3. L'article 30 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, en relació amb els articles 314, 315 i 322 del Codi civil pel que fa a la capacitat administrativa d'actuar del sol·licitant, i l'article 31.1 de la mateixa Llei pel que fa a la seva condició d'interessat, mentre que de l'aparat 2 del mateix article resulta la condició d'interessat de la resta de citats dins d'aquest procediment.

4. Pel que fa a la legitimació del sol·licitant de revisió, i com ja s'ha fet palès, no es pot negar la condició d'interessat del sol·licitant de la revisió, d'acord amb els termes de la seva reclamació i atès el que disposa l'article 31 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

5. L'article 18.12 b de la Llei 5/2010, de 16 de juny, reguladora del Consell Consultiu de les Illes Balears, sobre el caràcter preceptiu de la consulta per part de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears al Consell Consultiu de les Illes Balears en els procediments de revisió d'ofici d'actes nuls que tramiti.

6. L'article 21 a de la Llei 5/2010, de 16 de juny, i en el mateix sentit els articles 2.2 i 26 del Decret 24/2003, de 28 de març, pel qual s'aprova el Reglament orgànic del Consell Consultiu de les Illes Balears, respecte de la legitimació per a la sol·licitud dels dictàmens preceptius, dins del marc de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i que radica en la presidenta de les Illes Balears, a iniciativa pròpia o a instància de les conselleries.

7. Els arguments en què el senyor Pons fonamenta la seva sol·licitud són en essència els següents:

- a) Que l'aparat 2.7 de l'annex 1 de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 estableix un criteri bàsic de valoració dels mèrits dels participants en el concurs per als supòsits de cotitularitat que disposa que en els casos de cotitularitat d'una oficina de farmàcia l'experiència professional com a titular computa en proporció del percentatge de cotitularitat.
- b) Que aquest criteri no està inclòs com a criteri bàsic de valoració en les normes que poden regir el concurs, ja que el Decret 25/1999 (com ara el 30/2015) preveia un supòsit semblant però al cap i a la fi distint.
- c) Que d'acord amb la Llei 7/1998 els criteris bàsics de valoració dels mèrits del concurs han d'estar establerts per una disposició reglamentària.
- d) Que, en conseqüència, l'aparat 2.7 de l'annex 1 és nul de ple dret ja que s'inclou dins allò que, aparentment, és un acte administratiu, però en realitat, en la mesura que aquest criteri només pot derivar d'una disposició reglamentària, aquesta és la verdadera naturalesa de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014, i en conseqüència és nul·la atès que l'ha dictada un òrgan manifestament incompetent per fer-ho per raó de la matèria —un director general no té competències per exercir la potestat reglamentària— i, a més, aquesta norma encoberta en forma d'acte s'ha dictat prescindint totalment i absolutament del procediment legalment establert per a l'elaboració de les disposicions reglamentàries.

Aquests dos defectes suposen que l'acte impugnat s'ha dictat en infracció del que disposa l'article 62.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i en concret dels seus apartats *b* i *e*, per la qual cosa pertoca declarar-ne la nul·litat i fer una nova convocatòria del concurs esmentat.

8. Pel que fa a les al·legacions dels interessats, es pot dir que les sres. Hilda González, Francisca Oliver i Isabel Oliver i els srs. Manuel Álvarez i Mateu Tous formulen unes al·legacions basades en un document estàndard que centra les al·legacions a considerar que la sol·licitud formulada no és altra cosa que un recurs extemporani que s'ha de rebutjar i que, d'altra banda i en la mesura que no ha conclòs el procediment de concurs, no es pot arribar a saber si hi ha hagut cap tipus de vulneració de la legalitat representat per aquestes bases i pels principis d'igualtat, mèrit, concurrència, transparència i publicitat que configura.

No es pot compartir la primera al·legació des d'un punt de vista formal i sense perjudici de valoracions jurídiques ulteriors de l'acció del senyor Pons, ja que en cap moment el sol·licitant planteja formular un recurs —el qual hagués estat rebutjat de ple per extemporani—, sinó que exposa el que considera que són causes de nul·litat d'un punt concret de les bases d'un concurs i sol·licita que s'actui en conseqüència insistint, dit això, sense entrar ara a valorar l'ajustament a dret d'aquesta actuació.

D'altra banda, la sol·licitud no fa referència a l'eventual nul·litat dels resultats de la valoració sinó a la intrínseca nul·litat del punt 2.7 de l'annex 1 de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014, la qual segons el sol·licitant és *per se* nul·la.

9. Pel que fa a les al·legacions que formula el senyor Miquel Mir Sagristà, es pot deduir en essència que considera que la normativa en matèria d'autorització d'oficines de farmàcia es fonamenta en el principi de mèrits.

En resum, entén que en la mesura que es puntua igual l'exercici professional com a farmacèutic titular, regent, substitut i adjunt, la pretensió que les cotitularitats siguin tractades a l'hora de puntuar igual que la titularitat exclusiva vulnera el principi de mèrit, ja que no té sentit que s'atorgui el mateix valor a una titularitat d'un 1 % i a una titularitat del 100 %. Addueix que la cotitularitat permet als cotitulars compatibilitzar horàriament l'obertura de l'oficina de farmàcia el temps mínim reglamentari amb una segona activitat generadora de mèrits ulteriors, la qual cosa està vedada al titular únic.

Que el supòsit de fet de l'aparat 2.7 de l'annex 1 de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 no té res a veure amb el que disposa l'article 15.4 del Decret 25/1999, de 19 de març, i que, en definitiva, tant la norma que conté l'aparat 2.7 (experiència en proporció de percentatge de cotitularitat) com el 2.9 (experiència de l'adjunt en proporció de la durada de la jornada contractada) de l'annex 1 de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 són una manifestació del principi de mèrit que ha de regir els concursos.

Es pot dir que es coincideix amb certes matisacions amb bona part d'aquests arguments com es dirà més endavant.

10. La senyora Maria Apolonia Salvà Cerdà al·lega en essència que el senyor Pons amb la seva actuació vulnera els seus propis actes i que el seu escrit no és cap altra cosa que un recurs extemporani. Ja s'ha fet referència a aquesta mateixa al·legació en la consideració jurídica sisena.

Així mateix, manifesta la seva incomprensió a l'argumentació del senyor Pons ja que considera que la base 2.7 i l'annex 2 de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 i l'article 15.4 del Decret 25/1999, de 19 de març, fan referència a un mateix supòsit, extrem que no es pot compartir ja que es tracta de supòsits de fet manifestament diferents.

Finalment, considera improcedent la petició de convocatòria d'un nou concurs i considera que en el supòsit que s'estimi la nul·litat de l'aparat 2.7 de l'annex 1 de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 bastaria no aplicar-lo. Només des d'una perspectiva teòrica i especulativa es pot coincidir amb aquesta posició.



11. El senyor Pere Ventayol Aguiló formula una sèrie d'al·legacions que semblen també la formulació d'una impugnació del procediment de concurs d'adjudicació d'oficines de farmàcia convocat per la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014, la nul·litat de la qual demana el senyor Pons.

En primer lloc, sembla mostrar disconformitat amb la norma aplicada al concurs convocat ja que sembla entendre que es du a terme una aplicació retroactiva d'una disposició reglamentària dins del procediment. Cal considerar que si allò que pretén ara és impugnar la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 és de manera extemporània, i formalment de qualificació difícil; si allò que pretén és objectar l'aplicació d'una norma per part d'una resolució d'adjudicació dictada dins del procediment de concurs el moment hàbil no ha arribat encara. Finalment, la seva al·legació no té relació amb el conjunt d'al·legacions del senyor Pons (la conformitat o disconformitat amb les quals és el motiu pel qual se li ha donat trasllat). És per això, com també per la discrepància amb el relat de fets que du a terme —oblida la Sentència 945 de 5 desembre de 2011 del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears i els efectes que va tenir en el seu moment— i la interpretació que fa d'algunes cites jurisprudencials —que van en la línia de pretendre una petrificació de règims jurídics— que no es pot coincidir amb les al·legacions formulades.

Tot seguit fa unes consideracions en relació amb la celeritat amb la qual s'ha de tramitar el procediment convocat que es tenen per realitzades, i unes recomanacions d'índole penal al senyor Pons que no tenen cap relació amb el procediment actual de revisió d'ofici.

En tercer lloc, el senyor Ventayol sembla adherir-se a la sol·licitud del senyor Pons de declaració de nul·litat de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014, ja que exposa que “es manifiestamente ilegal en algunos extremos, el citado por el Sr. Pons y otros más de jerarquía normativa”, si bé no fa una precisió de la presumpta continuada actuació il·legal i al·legal de l'Administració autònoma en la resolució d'aquest concurs, per la qual cosa no es poden admetre aquestes al·legacions.

Per concloure, simplement es pot manifestar que es tenen per fetes les manifestacions del senyor Ventayol tot atribuint la condició de “dret fonamental” del farmacèutic a l'obertura de les oficines de farmàcia, i que és un dret d'interès general.

12. La senyora Josefa Leonor Anrubia Cebolla formula una sèrie d'al·legacions que es poden resumir en el següent:

La sol·licitud s'ha de desestimar ja que no es fonamenta realment en cap de les causes que preveu l'article 62.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, ja que, contra allò que manifesta el senyor Pons, el procediment sí s'ha convocat per l'òrgan competent conforme a dret per fer-ho, per la qual cosa no hi ha una infracció de l'article 62.1 b, i la convocatòria s'ha duit a terme de conformitat amb el procediment que estableix la Llei que el regula —la Llei 7/1998, de 14 de novembre, d'ordenació farmacèutica—, per la qual cosa no hi ha vulneració de l'article 62.1 f, i, en conseqüència, s'ha de desestimar la sol·licitud de declaració de nul·litat, atès que no està fonamentada en cap causa de nul·litat de l'article 62, tal com exigeix l'article 102 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

Pel que fa al fons, considera que la previsió que els mèrits dels cotitulars s'han de computar en proporció de la seva quota de participació no és en cap cas susceptible d'una declaració de nul·litat, sinó com a màxim d'anul·labilitat, però en la mesura que era una previsió expressa en la mateixa convocatòria i el senyor Pons s'hi va conformar sense interposar en termini els recursos oportuns, a hores d'ara pretén actuar contra els seus propis actes, extrem que hauria de provocar la inadmissió de la pretensió del senyor Pons.

Per acabar, i amb profusió d'arguments, defensa l'ajustament a dret d'aquesta previsió de la convocatòria, ja que considera que s'ajusta plenament als principis d'igualtat i mèrit que d'acord amb la llei han de regir els concursos d'adjudicació d'oficines de farmàcia.

Es coincideix de forma genèrica i com es veurà amb les argumentacions de la senyora Anrubia.

13. Respecte de la doctrina dels actes propis i la legitimació *ad causam* del sol·licitant de revisió, es pot coincidir amb la pràctica totalitat dels interessats que han formulat al·legacions en aquest procediment, no en la qualificació de la sol·licitud com a recurs extemporani, però sí en la vulneració de la doctrina dels actes propis en la qual incorre el senyor Pons amb la presentació.

L'article 7.1 del Codi civil disposa que els drets s'han d'exercitar de conformitat amb les exigències de la bona fe. D'aquest principi de bona fe (el qual és també rector de l'acció de l'Administració d'acord amb el que disposa l'article 3.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre) es fa derivar com lesiva de la bona fe la doctrina dels actes propis, en el sentit que ningú no pot vàlidament anar contra els seus propis actes.

De facto, aquesta doctrina té una llarguíssima tradició civilista i enfonsa les seves arrels en el Dret romà, on al *Digesto* ja s'enuncia la màxima *venire contra factum proprium non valet*; i a hores d'ara ha tengut cada vegada una més àmplia transposició (si bé no tant com en el dret privat) a l'àmbit del dret administratiu, sobretot per l'acció de la jurisprudència.

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem (Secció 3a de la Sala Contenciosa Administrativa) de 15 de gener de 1999, RJ 1999\269, estableix:

Comencemos recordando la doctrina constitucional sobre la cuestión que el apelante suscita. En la STC 21 de abril de 1988 (RTC 1988\73), núm. 73/1988, se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad «de venire

contra factum proprium», surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos.

El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las Sentencias de 1 de febrero de 1990 [RJ 1990\1258] [F. 1º y 2º], 13 de febrero de 1992 [RJ 1992\1699] [F. 4º], 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997 [RJ 1997\1147, RJ 1997\4599 y RJ 1997\6890]). Un día antes de la fecha de esta sentencia se ha publicado en el BOE la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Uno de los artículos modificados es el 3, cuyo número 1, párrafo 2º, pasa a tener la siguiente redacción: «Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima», expresándose en el apartado II de la exposición de motivos de la citada Ley lo siguiente: «En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica.

Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente.

Són reiterades les sentències que entenen que, una vegada que el participant en un procediment de concurrència competitiva accepta les bases d'aquest procediment perquè no les ha impugnades per la via dels recursos ordinaris que se li han ofert, resta vinculat a aquelles bases igualment que l'Administració promotora i no en pot pretendre després la impugnació.

Així s'ha pronunciat la jurisprudència en sentències com la Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa) de 20 de juliol de 1987, RJ 1987\7533, en el fonament de dret primer:

PRIMERO

Que impugnándose en el presente recurso **contencioso-administrativo** los Actos de la Excm. Diputación Provincial de Soria que desestimaron la pretensión del recurrente de tomar parte en un concurso público que había convocado dicha Entidad, para Concesión de Beneficios a los Promotores de Actividades Industriales, resulta evidente que **ni puede solicitar ahora, no habiéndolo hecho a su tiempo, la nulidad de las Bases del Concurso, ni después de haber accedido a él quebrantando la eficacia vinculante de los propios actos**, ni se aprecia, como establece el Tribunal «a quo» la contradicción invocada entre la Base 4.ª que establece un orden preferencial de **selección** y la 17.ª que reserva a la Diputación la posibilidad de declarar desierto el Concurso, no acceder a ninguna de las pretensiones o a parte de ellas, porque esta última supone sólo una reserva ante la eventualidad de que una solicitud masiva desborde las previsiones de financiación y una precaución para evitar que la simple comparecencia pueda crear expectativas de participación.

O més recentment la Sentència de la Secció 1a de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Galícia, de 28 de setembre de 2011, quan en el fonament de dret tercer fa palès que:

La cuestión litigiosa incide directamente en la naturaleza de las **bases** de la **convocatoria** de un proceso selectivo como "ley del concurso-oposición", según la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (así se conceptuaron en la sentencia de 19 de mayo de 1989), de manera que una vez firmes y consentidas, vinculan tanto a quienes concurren a las pruebas de **selección** como a la propia Administración convocante (STS de 14 de enero de 2008, recurso 1826/2003), de modo que, quien se aquietó con sus contenidos y tomó parte en las pruebas de **selección** no puede, con posterioridad y ante el resultado adverso, impugnarlas al socaire de una incorrecta valoración de los méritos.

O la Sentència de la Secció 5a de la Sala Contenciosa Administrativa de l'Audiència Nacional de 16 de gener de 2003:

Respecto a la primera cuestión, tenemos que señalar que el artículo 15.4 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, establece que las **bases** de las **convocatorias** vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de **Selección** que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas.

Por tanto, al ser las bases del concurso-oposición ley del mismo y están obligados a atenerse a ellas todos los afectados, incluida la propia Administración convocante, el criterio del Tribunal Supremo en Sentencias de 3 (RJ 1994, 7844) , y 13 de octubre de 1994 (RJ 1994, 9293) , es que no es posible impugnar el resultado final de un procedimiento selectivo con base en vicios de la convocatoria, cuando la propia convocatoria y sus bases han devenido en firmes y consentidas por no haberse recurrido en tiempo y forma.

Recientemente, el citado alto Tribunal, en su Sentencia de la Sala 3ª Sección 7ª, de 13 de enero de 2000 (RJ 2000, 551) , declara que





es jurisprudencia reiterada que la no impugnación de las bases de convocatoria, una vez que se ha participado en la misma, devienen en firmes e inatacables, no pudiendo ser impugnadas posteriormente por quienes se aquietaron a las mismas y sólo las discutieron al no verse entre los aspirantes seleccionados.

O la mateixa Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 656/1995, de 10 de juliol, RJCA 1995/457:

Sentado lo precedente, y dado que en el escrito de contestación a la demanda por el Abogado del Estado no se opone causa de inadmisibilidad alguna, procede entrar en el fondo de la litis.

La Base 10ª de la convocatoria establecía la impugnabilidad de la misma y de cuantos actos administrativos se deriven de ella en la forma establecida por la Ley 30/92 y la Ley 29/98, reguladora de esta Jurisdicción. Sin embargo, la recurrente no impugnó en su día las bases, dentro del plazo legalmente establecido al efecto, por lo que las bases devinieron firmes y consentidas por la recurrente; entre cuyas bases debe mencionarse la base 1.1 que fijó en 363 el número de plazas a cubrir, sin establecer dos turnos, uno restringido y otro libre; y por otra parte, la base 5ª, conforme a la cual el proceso selectivo consta de dos fases, oposición y concurso, viniendo determinado el orden definitivo por la suma de las puntuaciones obtenidas en la fase de oposición y la fase de concurso.

Según la base 5.2.2 los méritos que se valoran en la fase de concurso, sólo se aplicarán a quienes hayan superado la fase de oposición. En este sentido, al haber superado la recurrente la fase de oposición, se sumaron los puntos obtenidos en esta fase y los 2 puntos asignados en la fase de concurso por poseer una titulación superior a la exigida para la participación, resultando insuficiente el total para la adjudicación de plaza en el ámbito geográfico en el que participaba.

La actuación de la Administración, en lo que a la recurrente concierne, se ajustó a las bases de la convocatoria sin que quepa apreciar indefensión pues en la demanda lo que se expone es la discrepancia u opinión subjetiva de la parte respecto de determinadas bases, por todo lo cual procede, en conclusión, la desestimación del recurso.

En definitiva, el senyor Pons va acceptar les bases de la convocatòria i va restar-hi vinculat quan va decidir participar en el concurs i acceptà les bases sense impugnar-les dins del termini i en la forma escaient. Vulnera els seus propis actes, la qual cosa li resta legitimació, i no pot tenir acollida ara la seva pretensió d'impugnació de les bases del concurs a les quals es va sotmetre de grat.

Aquesta manca de legitimació potser hagués permès una inadmissió de ple, sense tràmits ulteriors, de la seva sol·licitud, d'acord amb els termes de l'article 102 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, i només una posició garantista dels seus drets com a ciutadà ha estat fonament d'admetre a tràmit la sol·licitud i dur a terme la tramitació completa del procediment i sotmetre'l al dictamen preceptiu del Consell Consultiu de les Illes Balears.

Així doncs, atès que aquesta sol·licitud és una vulneració manifesta de la doctrina dels actes propis, en la mesura que el sol·licitant pretén ara impugnar les bases del concurs a les quals es va sotmetre voluntàriament sense formula-hi cap impugnació dins del termini i en la forma escaient, correspon rebutjar la pretensió del sol·licitant.

14. Manca de concurrència de les causes de nul·litat invocades.

No obstant la consideració precedent, en la mesura que, en nom de garantir els drets del sol·licitant, no s'ha inadmetès de ple la seva sol·licitud, se'n poden analitzar els termes.

En aquest cas, s'ha de rebutjar la seva pretensió ja que, malgrat les al·legacions del sol·licitant, no concorre en aquest procediment i en l'acte administratiu qüestionat cap de les causes de nul·litat que invoca.

L'article 102.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, disposa que:

Les administracions públiques, en qualsevol moment, per iniciativa pròpia o a sol·licitud d'una persona interessada, i amb el dictamen favorable previ del Consell d'Estat o l'òrgan consultiu equivalent de la comunitat autònoma, si n'hi ha, poden declarar d'ofici la nul·litat dels actes administratius que hagin exhaurit la via administrativa o contra els quals no s'hagi recorregut dins el termini, en els supòsits que preveu l'article 62.1.

És a dir, la declaració de nul·litat exigeix la invocació i declaració de concurrència d'una causa de nul·litat de ple dret a l'acte administratiu impugnat.

El senyor Pons se serveix d'una argumentació que s'entén que no es pot compartir perquè intenta acreditar que concorren en la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 un seguit de causes de nul·litat de ple dret.

Argumenta que l'apartat 2.7 de l'annex 1 de la Resolució esmentada introdueix un criteri bàsic d'interpretació que implica, pel que fa al mèrit d'experiència professional en els supòsits de cotitularitat d'una oficina de farmàcia, que el temps s'ha de computar en proporció del



percentatge de participació en la cotitularitat de cada farmacèutic. El senyor Pons entén que la introducció d'aquest criteri no suposa una simple (i negada per aquesta Administració) possible causa d'anul·lilitat total o parcial d'aquesta Resolució, sinó que aquest punt té la virtualitat d'alterar o canviar la naturalesa de l'acte administratiu en el qual està inclòs, i en realitat suposa una modificació del Reglament que regula els procediments d'adjudicació d'oficines de farmàcia, en aquest cas el Decret 25/1999, de 19 de març, per la qual cosa la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 canvia la seva condició d'acte administratiu pel de disposició reglamentària.

Així doncs, si la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 és en realitat una disposició reglamentària, en la mesura que modifica el Decret 25/1999, de 19 de març, com sosté el senyor Pons, incorre en la causa de nul·litat a la qual fa referència l'article 62.1 b de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, atès que es tracta d'un acte dictat per un òrgan manifestament incompetent per raó de la matèria (un director general en cap cas no té competències per exercir la potestat reglamentària) i, a més, aquest acte, l'autèntica naturalesa del qual és —segons el sol·licitant— la de disposició reglamentària, s'ha dictat doncs prescindint totalment i absolutament del procediment legalment establert per a l'elaboració de disposicions reglamentàries (articles 38 i següents de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears).

No es pot negar l'esforç argumentador que ha duit a terme el sol·licitant de nul·litat per intentar sostenir la concurrència de causes de nul·litat a l'acte que impugna; ara bé, s'ha de rebutjar de ple aquesta argumentació.

La Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 no perd la condició d'acte administratiu per la simple inclusió d'una precisió en el seu contingut que no té un reflex literal a la norma.

Sense entrar —la qual cosa es farà tot seguit— en l'ajustament a dret de l'acte esmentat, cal dir que l'activitat administrativa no és una simple activitat de transcripció de les normes, sinó d'interpretació i d'aplicació; si no fos així, l'activitat no seria tal, sinó una simple acció mecànica que faria pràcticament innecessària l'existència del funcionariat, llevat dels que duen a terme l'acció de policia, inspecció i control de l'aplicació de les normes.

No és així, i l'Administració, en la seva activitat, interpreta i aplica les normes per atendre no només les situacions que tenen un reflex directe en les normes sinó tot el cúmul de situacions concretes que no tenen una resposta automàtica en la norma i suposen una tasca interpretativa per a l'Administració.

Pot ser que dins aquesta tasca interpretativa s'incorri en errors i pugui sorgir una anul·lilitat per infracció de l'ordenament jurídic, d'acord amb l'article 63 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

Certament, però, això no altera la naturalesa de l'acte i no el metamorfosa d'acte administratiu (suposadament o efectivament) il·lícit a disposició de caràcter general que pretén modificar el contingut d'una altra de preexistent i que s'ha tramitat incorrectament.

La Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 es va dictar per part del òrgan competent per raó de la matèria per fer-ho, d'acord amb el que disposa l'article 10 del Decret 25/1999, de 19 de març, i concretament:

Article 10

1. Aprovada l'obertura d'una nova oficina de farmàcia en base al procediment previst en la Secció 1 d'aquest Decret, la Direcció General de Sanitat, mitjançant Resolució a l'efecte procedirà a la convocatòria d'un concurs de mèrits per a la seva concessió.

Havent assumit la Direcció General de Gestió Econòmica i Farmàcia, mitjançant el Decret 6/2013, de 2 de maig, del president de les Illes Balears, les competències que en el seu moment exercia el titular de la Direcció General de Sanitat en matèria de farmàcia, l'acte administratiu de convocatòria consistent en la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 el va dictar l'òrgan competent per fer-ho.

No hi ha, doncs, cap infracció de l'article 62.1 b de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

D'altra banda, el concurs s'ha sotmès a les normes procedimentals establertes a aquests efectes i que es troben en la Llei 7/1998, de 14 de novembre, d'ordenació farmacèutica de les Illes Balears, en la redacció anterior a la reforma que en fa la Llei 1/2015, de 14 de febrer, i en els articles 10, següents i concordants del Decret 25/1999, de 19 de març.

No hi ha una infracció de l'article 62.1 f de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

Així doncs, en la mesura que realment no hi ha cap causa de nul·litat de ple dret de les que comprèn l'article 62.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, i, en concret, cap de les al·legades pel sol·licitant de declaració de nul·litat, escau desestimar, d'acord amb el que





disposa l'article 102.1 de la mateixa Llei, la sol·licitud del senyor Pons perquè es declari la nul·litat de ple dret de part de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014, ja que no es fonamenta efectivament en cap de les causes de nul·litat de ple dret dels actes administratius.

15. Finalment i pel que fa a la legalitat intrínseca de l'apartat 2.7 de l'annex 1 de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014, escau fer-ne una anàlisi concreta.

Sembla que el principal argument és que aquest criteri interpretatiu inclòs en la Resolució no té un reflex directe en el Decret 25/1999, de 19 de març, o en la normativa que regeix els concursos per a l'adjudicació de les oficines de farmàcia. Ara bé, sembla excessiu considerar que qualsevol previsió continguda en un acte administratiu ha de ser un reflex directe i immediat d'una disposició legal o reglamentària.

Si fos així, no només ens trobaríem davant una plenitud de l'ordenament jurídic, és a dir, un ordenament sense llacunes, sinó que ens trobaríem davant de la necessitat de la plenitud de la llei, la qual cosa suposaria que preveiés, expressament i anticipadament, en la seva literalitat, tots els potencialment possibles supòsits de fet que en totes les seves matisacions es poguessin plantejar en el món de les relacions jurídiques. Òbviament això és impossible, no només materialment sinó conceptualment. Prova d'això és l'existència de fonts successives del Dret i mitjans d'integració de les normes.

Quant al supòsit concret, l'article 24 de la Llei 7/1998, de 14 de novembre, en la redacció anterior a la reforma que en fa el Decret llei 1/2014, de 14 de novembre, pel qual es modifica l'ordenació farmacèutica de les Illes Balears (i que s'aplica a aquest concurs), disposava:

Article 24

1. El procediment d'autorització de noves oficines de farmàcia s'ajustarà al disposat en aquesta Llei, a les seves normes de desenvolupament, si n'és el cas, i a les normes generals reguladores del procediment administratiu comú.

2. [...]

3. El procediment d'autorització de noves oficines de farmàcia es tramitarà d'acord amb els principis de publicitat, concurrència, transparència i mèrits, mitjançant concurs de mèrits convocat a l'efecte per la Conselleria de Sanitat i Consum [...].

En definitiva, el procediment d'adjudicació d'oficines de farmàcia se sotmet, entre d'altres, als principis de mèrit i concurrència, i s'ha de resoldre, en cas que es presenti més d'una sol·licitud respecte d'una mateixa oficina de farmàcia, mitjançant un barem aprovat per mitjà d'una norma reglamentària, la qual cosa implica necessàriament que s'ha de regir, com no pot ser de cap altra manera, pel principi d'igualtat.

El principi d'igualtat de tots els ciutadans davant la llei i en la seva aplicació, consagrat per l'article 14 de la Constitució, suposa la necessitat de donar un tractament igual en l'aplicació de la llei a les persones que es troben en una identitat de situacions de fet, si bé escau dir que permet tractar i a vegades exigeix tractar desigualment desiguals, sempre que els elements que fonamenten la distinció entre situacions de fet i dret semblants no siguin arbitràries o artificioses i que les conseqüències de la diferenciació siguin adequades i proporcionades.

En aquest sentit es pronuncia el Tribunal Constitucional (PI) en la Sentència núm. 10/2005, de 20 de gener:

Sobre el alcance del principio de igualdad ante la ley este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, F. 3, y 193/2004, de 4 de noviembre, F. 3).

O tal vegada en termes més categòrics es manifesta la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 9/1995, de 16 de gener, RTC 1995/9:

2.

[...] La tesis no puede compartirse. En primer lugar, no cabe afirmar, como ha precisado la STC 153/1994 (RTC 1994\153), fundamento jurídico 6.º, «que toda diferenciación de trato introducida por el reglamento (al margen de lo dispuesto en la Ley) sea

discriminatoria. La igualtat sólo es violada cuando la diferencia de trato carece de justificación objetiva y razonable, una justificación que, de conformidad con la doctrina del TEDH y de este Tribunal, es de índole material sin que posea especial relevancia a estos efectos la consideración del rango de la norma que la establece. De otro modo, habría que concluir que todo exceso de la potestad reglamentaria pasaría a estar prohibido por el art. 14 CE, pues siempre habría sujetos perjudicados por la alteración de una regla legal de reconocimiento de derechos, y ésta es una conclusión que, obviamente, desfiguraría la naturaleza de un problema que, en esencia, no excede del ámbito de la legalidad ordinaria.

I en el mateix sentit, sentències del Tribunal Constitucional com ara, entre moltes d'altres, la Sentència núm. 34/1981, de 10 de novembre, RTC 1981\34 o la Sentència núm. 110/1993, de 25 març, RTC 1993\110.

Així doncs és necessari afirmar que no sembla que es pugui considerar arbitrària o mancada de fonament la distinció en la valoració de l'experiència professional entre el mèrit del propietari i el copropietari de l'oficina de farmàcia, sinó ajustada al principi d'igualtat i mèrit que ha de regir el concurs.

Els mateixos interessats en el procediment han fet al·legacions clares en aquest sentit i han destacat que no té sentit que es valori igual l'experiència de cada un dels possibles 100 titulars d'un 1 % sobre la propietat d'una farmàcia que l'experiència que adquireix el farmacèutic propietari únic de la farmàcia.

A més, es pot veure que és la solució que adopta la norma davant dels supòsits en què dos o més cotitulars participen conjuntament en el concurs per a l'adjudicació d'una mateixa oficina.

També cal tenir present que el barem dona un mateix tractament a l'experiència professional que s'adquireix tant com a farmacèutic titular com regent, substitut o adjunt.

Ara bé, en aquest darrer supòsit obliga a valorar l'experiència adquirida en proporció de la jornada contractada de l'adjunt, de manera que el que és contractat a mitja jornada només computa el 50 % de la durada del seu contracte, i així en proporció.

O també es pot al·legar que el tractament desigual té un fonament d'equitat atès que el cotitular d'una oficina, en la mesura que no es veu afectat per una incompatibilitat horària a la qual si es veu sotmès el titular exclusiu, pot dur a terme segones activitats susceptibles de generar altres mèrits, professionals o d'una altra categoria, que es troben vedats, per mor de la incompatibilitat horària, al titular exclusiu.

Però es que, a més, s'ha d'afirmar que el criteri adoptat és una norma que evita possibles situacions de frau de llei que es podrien veure "incentivades" si s'aplicàs un criteri d'indiferenciació.

Així es va pronunciar expressament el Tribunal Superior de Justícia d'Extremadura, el qual, malgrat que estimà un recurs contra el barem que es va aprovar per a l'adjudicació d'oficines de farmàcia en aquella comunitat, va reconèixer explícitament la legalitat i l'ajustament al principi d'igualtat d'una disposició reglamentària idèntica a la qüestionada.

Així la Sentència núm. 940/2001, de 22 de maig (JURO 2001\200174), en el fonament setzè, disposa:

DECIMOSEXTO

Más compleja resulta la invocación de nulidad que en la demanda se hace sobre este mismo criterio en cuanto se reduce al porcentaje de la cotitularidad en el ejercicio de la Oficina de Farmacia de los méritos adquiridos. En realidad, anulado el baremo no puede correr mejor suerte esta especialidad de cómputo en caso de cotitularidad; sin perjuicio de que parece razonable que a compartición de actividad se extraiga una consecuente discriminación en el baremo que, además de ello, evita actuaciones fraudulentas de cotitularidades meramente nominales para adquisición de méritos, sin perjuicio de quien realmente desempeña las funciones profesionales.

Cal dir, a més, i pel que fa al criteri de proporcionalitat i a la seva vinculació amb les situacions de cotitularitat de drets, que és el criteri adoptat per la norma reguladora del règim de comunitat de béns —articles 392 i següents del Codi civil— que es preveu per a aquestes situacions de comunitat romana, o en proindivís ordinari o per quotes, per regir-ne la gestió i la participació en els beneficis.

Així el primer paràgraf de l'article 393 del Codi civil estableix que el concurs dels partícips (de la comunitat) en els beneficis i les càrregues (d'aquesta) és proporcional a les seves quotes.

Per la seva banda, l'article 397 disposa que per a l'administració i un millor gaudi de les coses comunes són obligatoris els acords de la majoria, i que aquesta no existeix fins que els acords siguin presos pels partícips que representin la major quantitat d'interessos (quotes de participació) en la cosa comuna.

En definitiva, el criteri interpretatiu impugnat no fa altra cosa que traslladar al concurs d'adjudicació d'oficines de farmàcia el règim legal general de la comunitat de béns, que implica que el gaudi de beneficis per part de cotitulars a la comunitat és proporcional a les seves quotes



de cotitularitat.

Així doncs, en la mesura que la previsió de l'apartat 2.7 de l'annex 1 de la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014 no és contrari sinó congruent amb la mateixa naturalesa i ordenació del règim de comunitat de béns i drets, correspon desestimar la sol·licitud del senyor Pons perquè se'n declari la nul·litat de ple dret.

En darrera instància, es pot afirmar que l'aplicació del criteri impugnat seria indiscutiblement vàlid si fos pres i aplicat d'una manera uniforme, pels mateixos fonaments de dret palesos prèviament, per la mateixa comissió de valoració del concurs, si aquesta es planteja la dicotomia entre puntuar diferenciadament o no les situacions de propietat i copropietat de titularitat d'oficines de farmàcia.

Per tot això i d'acord amb el Consell Consultiu, dicta la següent

RESOLUCIÓ

1. Desestimar la sol·licitud de declaració de nul·litat pel procediment de revisió d'ofici formulada pel senyor Cristóbal Pons Servera contra la Resolució del director general de Gestió Econòmica i Farmàcia de 22 d'octubre de 2014, dictada en execució parcial i provisional de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 23 de gener de 2014 i per la qual es convocava un concurs d'adjudicació de 4 oficines de farmàcia, perquè no hi concorren les causes de nul·litat que invoca el sol·licitant.
2. Notificar aquesta Resolució a les persones interessades.
3. Publicar aquesta Resolució en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*.
4. Contra aquesta Resolució —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, en el termini de dos mesos comptadors des que es notifiqui a les persones interessades, d'acord amb el que disposen els articles 10 i 46, de la Llei 29/1998, de 26 de novembre, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Palma, 8 d'agost de 2016

La consellera de Salut

Patricia Gómez Picard

