

Dictamen n<sup>o</sup>:           **520/09**  
Consulta:               **Consejero de Sanidad**  
Asunto:                 **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación:           **02.12.09**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 2 de diciembre de 2009 sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1<sup>o</sup> de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por A.R.P. por daños sufridos como consecuencia de la Resolución de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se le exigía la designación de un farmacéutico regente por jubilación, para la oficina de farmacia autorizada a la reclamante.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante escrito de fecha 18 de junio de 2009, presentado por correo certificado al día siguiente, se plantea por la representación de la reclamante, reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de sendas resoluciones de la Consejería de Sanidad por las que se exige a la reclamante, como condición previa para concederle autorización para la apertura de una oficina de farmacia en el municipio de Daganzo de Arriba, la designación de un regente, cifrando la indemnización a percibir en la cantidad de 77.180,49.-€, con carácter de daños provisionales.

**SEGUNDO.-** La reclamación de responsabilidad patrimonial trae causa de los siguientes hechos:

1. Con fecha 18 de junio de 2001, se publica en el BOCM, Resolución 117/2001, de 30 de mayo del Director General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se hacen públicas las zonas farmacéuticas y oficinas de farmacia que procede adjudicar. Una vez tramitado el correspondiente procedimiento, mediante escrito de 17 de junio de 2003, se comunica a la reclamante que ha sido autorizada para la instalación de una nueva oficina de farmacia en la zona 05.1.09 de Daganzo de Arriba. En dicha Resolución, se exige el establecimiento de la preceptiva garantía, acreditándose por la reclamante su constitución en la cuantía de 3.000, 06.-€, el 21 de julio de 2003, (folio 150 del expediente administrativo).

2. Una vez constituida la correspondiente fianza, se procede, siguiendo el procedimiento establecido, a designar local para la instalación de la oficina de farmacia, el mismo día 21 de julio de 2003, dictándose resolución de fecha 5 de noviembre de 2003, en la que se tienen por cumplidos los requisitos respecto del local designado, y consecuentemente se autoriza a la solicitante a la instalación de la oficina de farmacia, pero condicionando dicha instalación a la acreditación por aquélla de la inexistencia de las incompatibilidades establecidas en el art. 57 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica, (folios 174 a 177 del expediente administrativo).

En respuesta a tal exigencia, la solicitante dirige un escrito a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, con fecha 17 de septiembre de 2004, solicitando la visita de inspección necesaria para proceder a la apertura efectiva de la oficina de farmacia y manifestando que el 30 de julio de 2004, se le había comunicado telefónicamente por parte de la Administración, que dado que estaba jubilada, debería designar un regente para la visita de apertura de la mencionada oficina de farmacia, siendo, según manifiesta, este extremo confirmado en conversaciones verbales en la propia Consejería de Sanidad, (folios 186 a 189 del expediente administrativo).

Considera la reclamante que tal exigencia se debe a un error, puesto que no se halla en tal situación de jubilación en el momento actual, e indica que en el momento de solicitud de la autorización, la reclamante ejercía como farmacéutica del Hospital Universitario de la Princesa, habiendo solicitado su excedencia de dicho hospital, pero que dada su edad de 65 años, el hospital, en lugar de tramitar dicha excedencia, tramitó la jubilación de acuerdo con su Estatuto Marco del Personal, concediéndosele la mencionada jubilación con fecha 7 de julio de 2004, tal y como acredita, mediante Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de dicha fecha.

Además, realiza una serie de alegaciones en relación con dicha situación, manifestando en síntesis, que la jubilación para el personal estatutario, es voluntaria a partir de los 65 años y no forzosa, siendo posible dejar de percibir la correspondiente pensión si dicha situación se suspende previa comunicación al INSS. En congruencia con lo anterior, indica que la reclamante procedió a la renuncia a la pensión de jubilación quedando la misma en suspenso hasta nueva petición, dándose de alta en agosto de 2004, en el régimen de autónomos. Ambas circunstancias se acreditan mediante certificado del Director Provincial de la Seguridad Social de 13 de septiembre de 2004 y Resolución sobre reconocimiento de alta en el régimen de Trabajadores por cuenta propia o autónomos, con efectos de 1 de agosto de 2004, respectivamente.

3. Consta asimismo que la reclamante comunica las antedichas circunstancias al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, que dirige un escrito a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios con fecha 4 de noviembre de 2004, argumentando la improcedencia de la exigencia de un farmacéutico regente en el caso de la reclamante y solicitando que se proceda a realizar la visita de inspección para la apertura de la oficina de farmacia solicitada, (folios 211 a 213 del expediente administrativo).

En exposición de sus quejas, la reclamante dirige un escrito al Consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid de fecha 27 de octubre de 2004, solicitando la realización de la correspondiente visita de inspección, así como que se tomen las medidas disciplinarias correspondientes y la toma en consideración de la responsabilidad patrimonial por los gastos en que está incurriendo, por parte de la Administración, y una carta a la Excm. Sra. Presidenta de la Comunidad de Madrid, exponiendo lo que considera una injusticia. No se incorpora al expediente contestación a ninguna de los anteriores escritos, (folios 230 y 219 respectivamente del expediente administrativo).

4. Con fecha 19 de noviembre de 2004, se dirige una nueva comunicación a la reclamante en la que se insiste, a la vista de la documentación remitida, en la necesidad de que por aquélla, se proceda a designar un farmacéutico regente, dado que el derecho a una pensión de jubilación es irrenunciable e incompatible con el trabajo del pensionista, sin perjuicio de que puedan dejarse en suspenso determinados aspectos de la situación de jubilación, pudiendo trabajar como autónomo, pero sin que *en modo alguno cese la condición de pensionista*, (folio 215 del expediente administrativo).

5. No obstante la oposición por parte de la reclamante, se procede a la designación de regente por aquélla, mediante escrito dirigido a la Consejería el 2 de diciembre de 2004, que se reitera el 7 de enero de 2005, procediéndose a la apertura del expediente RJ 003/05 de designación de regente, que termina mediante Resolución de 14 de marzo de 2005, del Director General de Farmacia y Productos Sanitarios por la que se autoriza el nombramiento del regente designado por jubilación de la reclamante, (folios 217 y 92 del expediente administrativo).

6. Con fecha 30 de diciembre de 2004, la reclamante interpone recurso de alzada contra lo que califica como resolución de la Jefatura del Servicio

de Ordenación Farmacéutica de 19 de noviembre de 2004, (en realidad se trata de una simple comunicación por la que se le exige designar un farmacéutico regente al objeto de proceder a la visita de inspección para la apertura de la oficina de farmacia), con solicitud de suspensión. Este recurso se amplió el 11 de enero de 2005, a la Resolución de 23 de diciembre de 2004 del Director General de Farmacia y Productos Sanitarios por la que se advertía de la posible caducidad del expediente de no aportarse la documentación relativa a la designación de regente, (folio 256 del expediente administrativo).

La solicitud de suspensión es desestimada por Orden del Consejero de Sanidad, que fue notificada mediante escrito con fecha de salida de 21 de febrero de 2005, sin que conste la fecha de la recepción efectiva del mismo, (folio 279 del expediente administrativo).

7. Paralelamente, el día 21 de marzo de 2005, se gira la correspondiente visita de inspección para la apertura de la farmacia autorizada a la reclamante, según se acredita mediante acta que consta en el expediente administrativo, emitiéndose por el Inspector actuante informe favorable a la apertura, (folio 292 del expediente administrativo).

8. Interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 28 de mayo de 2008, que estima la demanda presentada, siendo remitido el testimonio de la misma con fecha 14 de julio de 2008, (folio 362 del expediente administrativo).

**TERCERO.-** Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

**CUARTO.-** En relación con los hitos del procedimiento consta que se ha concedido a la reclamante el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 11 del Real Decreto 429/1993 por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, con fecha 19 de agosto de 2009. Este trámite fue cumplimentado por escrito presentado el 15 de septiembre, en el que se realizan alegaciones sobre la interposición de la reclamación en plazo.

Consta asimismo, haberse emitido el informe del Servicio causante del daño como exige el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, cuando señala que *“En todo caso se solicitará el informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable”*, incorporándose el informe del Director General de Ordenación e Inspección de fecha 11 de agosto de 2009, en el que se considera que la reclamación es extemporánea y que los daños alegados no están acreditados, pero no pronunciándose sobre la existencia del resto de los requisitos para apreciar la correspondiente responsabilidad patrimonial.

**QUINTO.-** Una vez cumplido el trámite de audiencia, se formula por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, propuesta desestimatoria de la reclamación, por extemporaneidad y por falta de antijuricidad de los daños causados, siendo informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad, con fecha 26 de octubre de 2009.

**SEXTO.-** Por el Consejero de Sanidad, con fecha 27 de octubre de 2008, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Consejera D<sup>a</sup> Rosario Laina Valenciano que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo

deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 2 de diciembre de 2009.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de los informes y documentos pertinentes adecuadamente numerados y foliados.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES EN DERECHO**

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

**SEGUNDA.-** La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, LRJ-PAC.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, al dictarse la Resolución anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la que se vincula el daño, por un órgano encuadrado en su organización administrativa.

**TERCERA.-** En primer lugar debe examinarse la cuestión procedimental relativa a la extemporaneidad de la reclamación, dado que en la propuesta de resolución remitida para dictamen de este Consejo Consultivo, se concluye que la acción es extemporánea.

Respecto del plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción, establecido en el artículo 142.4 de la LRJ-PAC, debe tenerse en cuenta, en este caso, que la Sentencia que determina el *dies a quo* del cómputo del mismo, se dictó el día 28 de mayo de 2008, sin ser firme en aquel momento, pues contra la misma cabía recurso de casación. No haciéndose uso de esta posibilidad de recurso por la Administración, la sentencia devino firme en el plazo de diez días desde su notificación, lo que sucedió, respecto de la Administración, el día 18 de junio de 2008, y respecto de la actora el 20 de junio, según afirma ésta. Como consecuencia de ello, la sentencia alcanzó firmeza el 2 de julio de 2008, respecto de la Administración y el 4 del mismo mes, respecto de la actora.

Con carácter general, para la determinación del día inicial del cómputo del plazo para reclamar la indemnización por daños a la Administración Pública, rige el principio de la *actio nata*, esto es, que la acción debe ejercitarse en el plazo de un año a partir del día en que ello fuera posible.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 (recurso 1545/04) recoge esta doctrina citando entre otras la sentencia de 23 de enero de 2001, según la cual: *"el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos -que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de 19 septiembre 1989, 4 julio 1990 y 21 enero 1991) del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo 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"*.

Pero, en el ámbito de anulación de las resoluciones administrativas por sentencia, son varios los hitos que en relación con las mismas pueden

tenerse en cuenta para fijar dicho *dies a quo*. En concreto procede distinguir entre el momento en que se dicta la sentencia, el momento de su publicación -en el caso de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia este momento coincide-, el momento de su notificación, el momento en que la misma adquiere firmeza, e incluso el momento en que se notifica dicha firmeza.

Así, el artículo 4.2 del Real Decreto 429/1993, previene que el derecho a reclamar prescribe en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme.

La propuesta de resolución sometida a dictamen aplica este precepto en su dicción literal, acogiendo una línea jurisprudencial, ya superada, que considera como *dies a quo* el de la publicación de la sentencia. De esta forma, habiéndose dictado la sentencia el 28 de mayo de 2008, entiende que el plazo para interponer el recurso de casación se agotó el 9 de junio de 2008, siendo a partir de este momento firme. Presentada la reclamación el 19 de junio de 2009, se entendió que la acción estaba prescrita al haber rebasado el plazo de un año previsto en la normativa. Este Consejo Consultivo no puede compartir esta interpretación, como ya se puso de manifiesto, entre otros, en el dictamen 14/08, de 15 de octubre de 2008.

Efectivamente, el Tribunal Supremo había venido interpretando que la fecha del *dies a quo*, era la de la «lectura y publicación» de la sentencia, entre otras en sentencias de 15 de junio de 1999(Ar. 4275) y de 4 de octubre de 1994 (Ar. 7392), interpretación ésta que llevó a diversos recurrentes a cuestionar ante el Tribunal Constitucional, por la vía del recurso de amparo, su constitucionalidad en relación con la vulneración del principio de tutela judicial efectiva acogido en el artículo 24 de la CE. Esta postura fue avalada por el Tribunal Constitucional el en la STC 160/1997, de 2 de octubre.

Con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó la STEDH de 25 de enero de 2000, (TEDH2000/11), en el asunto M. E. y otros, contra España, declarando que la interpretación del Tribunal Supremo, cuya constitucionalidad fue avalada por el Tribunal Constitucional, era contraria al artículo 6.1 del Convenio, que reconoce el derecho a un proceso equitativo.

Extractamos, por su interés, el fundamento de derecho 37 de dicha sentencia: *“El derecho de acción o de recurso debe ejercerse a partir del momento en el que los interesados pueden efectivamente conocer las sentencias judiciales que les imponen una carga o podrían vulnerar sus derechos o intereses legítimos. Si no fuera así, los Tribunales podrían, retrasando la notificación de sus sentencias, acortar sustancialmente los plazos de recurso, incluso hacer imposible cualquier recurso. La notificación, en cuanto acto de comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes, sirve para dar a conocer la decisión del Tribunal así como los fundamentos que la motivan, para, dado el caso, permitir a las partes recurrir.”*

Esta interpretación correctora ha sido ya plenamente asumida por el Tribunal Supremo, como lo muestran las SSTS de 21 de marzo de 2000 y 18 de abril de 2000 (esta última con referencia expresa al pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), por lo que puede considerarse una interpretación ya consolidada.

Por lo tanto, este Consejo Consultivo, a la luz de estas sentencias y en virtud del principio *pro actione*, considera que la reclamación se presentó en tiempo, puesto que la fecha a partir de la cual debe computarse el plazo para la interposición del recurso de casación, que determina la firmeza de la sentencia, es la de la notificación de la misma, por lo tanto, dicho plazo venció el 2 y el 4 de julio de 2008, para la Administración y la reclamante

respectivamente, con lo que la reclamación interpuesta el 19 de junio de 2009, se presentó en plazo.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación, se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, habiendo sido observado en sus trámites.

**QUINTA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

El Art. 139 de la citada LRJ-PAC Dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente: *" 1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la 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. 2º.-En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aplicación de la normativa antes indicada, ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. De acuerdo con tal jurisprudencia, los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) Realidad de un resultado dañoso (Sentencias de 15 de julio de 2002, 26 de febrero de 2002 y 18 de marzo de 2000), incluyéndose en el daño el lucro cesante (Sentencia de 22 de diciembre de 1982).

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, definida en la Sentencia de la Sala 30 del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1981, al decir que la calificación de este concepto viene dada tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto. Así mismo, la Sentencia de 22 de abril de 1994, según la cual: *“esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar”*. En el mismo sentido sentencias de 31 de octubre de 2000, de 30 de octubre de 2003 y 12 de julio de 2005.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo casual directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, y, a este respecto, la Sentencia de 11 de noviembre de 1982 tiene declarado que el daño debe de ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad

administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo casual directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento, no procediendo la indemnización si ha intervenido otra causa (Sentencias de 20 y 17 de octubre de 1980).

*“Entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa a efecto, ya que la Administración –según hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de veintiocho de febrero (RJ 1998, 3198) y veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho, veintiséis de febrero de dos mil (RJ 2000, 2450), veinticuatro de septiembre de dos mil uno (RJ 2001, 9178, y trece de marzo y diez de junio de dos mil dos, sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o actividad administrativa.”* STS de 9 de julio de 2002 SR.7648).

**SEXTA.-** Nos encontramos en el presente caso ante una responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto administrativo en vía jurisdiccional contemplada en el art. 142.4 de la ley 30/1992 de 26 de noviembre, que al efecto dispone: *“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5.”*

La jurisprudencia interpreta el citado artículo estimando que la responsabilidad patrimonial surge en el caso de anulación de actuaciones administrativas, siempre y cuando concurren los restantes requisitos especificados en el artículo 139 de la LRJ-PAC. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de junio de 1999, ha sido muy claro cuando señala que:

*"La responsabilidad patrimonial de la Administración, derivada de la anulación de resoluciones administrativas, ha sido objeto de interpretación, en cuanto a sus requisitos y alcance por numerosas sentencias de esta Sala.*

*Sin embargo, debemos destacar la línea que se inicia mediante la Sentencia de 5 de febrero de 1996, seguida por las de 31 de mayo y 4 de noviembre de 1997 y otras muchas, sienta la doctrina que la obligación de indemnizar exigida en el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 40 a que nos referimos, a saber, daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo. Por ello, no cabe interpretar el precepto que nos ocupa con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad".*

En el mismo sentido se pronuncian las más recientes Sentencias de 24 de enero de 2006, dictada en el recurso de casación 536/2002, y la de 14 de julio de 2008, dictada en el recurso de casación para unificación de la doctrina 298/2007.

En el caso sometido a dictamen, concurren, de forma clara, el daño efectivo (los gastos que la reclamante se vio obligada a realizar en la contratación de un regente para su farmacia) que será objeto de análisis en la siguiente consideración jurídica, el nexo causal (el anterior daño derivó de la decisión administrativa que obligó a contratar al regente) y la

imputabilidad de la actuación dañosa a la Administración, en tanto fue adoptada por agentes integrados en el seno de la organización administrativa. Mayor problemática suscita el análisis de la concurrencia del requisito de la antijuridicidad del daño sufrido por la reclamante.

El Tribunal Supremo, en relación con dicho requisito, viene interpretando que cuando la Administración adopta una decisión compleja, en un contexto normativo o fáctico que se presta en principio a interpretaciones diversas sobre la legalidad o no de su actuación, el hecho de que la decisión administrativa sea posteriormente anulada en vía judicial, no implica necesariamente la responsabilidad patrimonial administrativa, y ello, pese a que la misma haya causado un perjuicio al administrado, es decir, que el daño no sería antijurídico y el administrado estaría obligado a soportarlo si la actuación de la Administración transcurre dentro de márgenes razonados y razonables. Exponente de dicha doctrina es la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998 (RJ 1998\8422): *“...El supuesto, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el art. 9.3 de la Constitución Española, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales casos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de*

*los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones(...) Trasladado lo anterior al caso de autos nos encontramos ante la aplicación de una norma que no ofrece conceptos jurídicos indeterminados ni tampoco requiere aplicación de criterios valorativos para cuya determinación exista cierto margen de apreciación, sino que por el contrario la aplicación del precepto aparece clara en el sentido de que no cabe solicitar el pago de la indemnización o contribución en metálico sustitutoria del 10% de cesión obligatoria a que se refiere el artículo 125 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (RCL 1976\1192 y ApNDL 13889) hasta tanto no se haya iniciado el proceso de ejecución del Plan, sin que en modo alguno sea exigible tal pago por la simple aprobación de aquél, criterio éste en el que coinciden, en contra de lo acordado por el Ayuntamiento, las resoluciones judiciales dictadas en su día. En consecuencia parece claro que en el supuesto de autos concurre el requisito de lesión antijurídica...”.*

En el presente caso, para conocer si la actuación de la Administración que se anuló por sentencia, transcurrió por márgenes razonados que la exonerarían de responsabilidad por no considerar el daño antijurídico en el sentido marcado por la jurisprudencia, será preciso analizar la forma en que

aplicó e interpretó el art. 42 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, que a la sazón establece en su apartado primero: *“La solicitud de designación de regente en los casos de jubilación, incapacitación o declaración judicial de ausencia, o en su caso, la solicitud de cierre de la oficina, deberá formularse en el plazo máximo de un mes desde la declaración de jubilación, incapacitación o de ausencia declaradas por sentencia judicial firme. En caso contrario se procederá de oficio a iniciar el expediente de cierre de la oficina de farmacia”*.

La Administración impuso a la reclamante, como condición previa a la autorización de una oficina de farmacia, la designación de regente por estimar que dicha designación resultaba obligada cuando el farmacéutico titular se hallase jubilado, independientemente de que a dicha situación se hubiese accedido desde su condición de director técnico en una oficina ya instalada o desde cualquier otra, aún cuando en este último caso se hubiese renunciado a la pensión de jubilación. Por el contrario, la reclamante y el Colegio de Farmacéuticos de Madrid, según informe de 3 de noviembre de 2004 aportado durante el procedimiento de autorización de la oficina de farmacia, sostenían que la designación de regente sólo resultaba obligada respecto de los farmacéuticos que accedían a la situación de jubilación siendo titulares de oficinas de farmacia, sobre la base de que dicha previsión tenía por objeto que éstos, pudieran compatibilizar temporalmente al llegar la edad de jubilación voluntaria, el derecho a la titularidad de una farmacia, con el derecho como trabajador autónomo a la percepción de una pensión de jubilación, asumiéndose por otro farmacéutico las responsabilidades profesionales que conforme a la legislación laboral no pueden ser ejercidas por el farmacéutico jubilado.

La forma rotunda, escueta y categórica en que se pronunció la sentencia que anuló la actuación administrativa objeto de análisis, nos ofrece el primer indicio de que el proceder de la Administración no transcurrió

dentro de los márgenes que la exonerarían de responsabilidad. Así, la sentencia 970 de 28 de mayo de 2008, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su fundamento de derecho quinto, rechazó la interpretación sostenida por la Administración manifestando: *“En cuanto al fondo, relativo a la necesidad del nombramiento de farmacéutico regente por el hecho de que la recurrente se encuentra jubilada, esta Sección no comparte el criterio mantenido por la Administración, ya que entiende que cuando el artº 42 de la Ley CAM 19/1998 contempla la designación de regente en los casos de jubilación, claramente está considerando la jubilación del farmacéutico que haya venido desempeñando su actividad de Director-técnico en una oficina ya instalada y de la que sea titular propietario de la misma.*

*El art. 165.1 del T.R de la LGSS establece la incompatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el trabajo del pensionista, pero si no se disfruta la pensión, como es el caso de la recurrente por tener suspendida la percepción de aquélla, no existe tal incompatibilidad.”*

La decisión de la Administración anulada, tampoco encontraba apoyo en otras interpretaciones jurisprudenciales, teniendo en cuenta que las sentencias citadas para fundamentar su postura abundan en la especialidad de la normativa reguladora de la jubilación en el ámbito de las oficinas de farmacia. Así mismo, se revelaba claramente contraria al contenido del propio art. 42 de la Ley 19/1998, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, por cuanto éste prevé como medida para el caso de incumplimiento de la obligación del nombramiento de regente por jubilación del titular, el cierre de la oficina de farmacia, medida ésta que solo resulta de aplicación si la jubilación se produce como titular de una oficina ya instalada.

En definitiva, resultando clara la aplicación del art. 42 de la Ley 19/1998 en el sentido mantenido por la sentencia del Tribunal Superior

de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2008, defendido por la reclamante y por el Colegio de Farmacéuticos de Madrid, y en tanto la Administración no ha demostrado que para sustentar la tesis contraria haya tenido en cuenta otros criterios valorativos que permitan cierto margen de apreciación, podemos concluir que el daño reviste naturaleza antijurídica.

**SÉPTIMA.-** Por lo que se refiere a la realidad del daño padecido, la reclamante, solicita en primer lugar que se le abone como daño emergente las retribuciones y las cuotas de seguridad social devengadas por la farmacéutica regente, aportando como justificantes de pago, las nóminas correspondientes a los salarios satisfechos. En segundo lugar, solicita el lucro cesante derivado del retraso en la apertura de la oficina de farmacia, al no girarse la correspondiente visita de inspección por no tener el regente designado.

Queda acreditada la realidad de los daños consistentes en el abono de los salarios de la regente designada por la reclamante entre marzo de 2005 y el 30 de mayo de 2008, mediante la aportación de las correspondientes nóminas. Con respecto a las cuotas de la Seguridad Social y las retenciones de IRPF, si bien es cierto que las cuantías correspondientes aparecen consignadas en las nóminas, no lo es menos que ello no prueba la certeza de su pago. La reclamante no puede trasladar a la Administración la carga de la prueba, como se argumentará más adelante, por lo que éstas solo serán indemnizables previa aportación de la certificación expedida por las administraciones competentes, de cotizaciones y retenciones abonadas por la reclamante en relación con la regente entre marzo de 2005 y mayo de 2008.

No se acredita la realidad del daño consistente en el lucro cesante correspondiente a los días que, según la reclamante, podía haber tenido abierta la oficina de farmacia de no haberse suscitado controversia sobre nombramiento del regente, (entre el 16 de junio de 2004 y el 31 de marzo

de 2005), circunstancia que ella misma reconoce en su escrito de reclamación, puesto que no se aporta ningún informe, o estudio de las ganancias dejadas de percibir que reclama.

Sin entrar en el debate de la fecha en que se debió verificar la visita de inspección, lo cierto es, como decimos, que la carga de la prueba incumbe en este punto a la reclamante, que se limita a solicitar en su escrito, que se oficie al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid a fin de que certifique sobre la facturación de la oficina de farmacia en el periodo comprendido entre 1 de abril de 2005, y 31 de marzo de 2008, y el margen oficial que con carácter general aplicaron las oficinas de farmacia durante dicho periodo, y las cantidades satisfechas por tal concepto por la reclamante al indicado Colegio Oficial, para luego aplicarlas al periodo que media entre el 16 de junio de 2004 en que asevera que solicitó la visita de inspección y el 21 de marzo de 2005, fecha en que se levantó el acta de la mencionada visita.

Resulta de aplicación, por tanto, la doctrina en virtud de la cual la carga de la prueba de la realidad del daño corresponde al reclamante. Podemos reproducir en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 junio 1988, cuando en su fundamento de derecho segundo establece que “(...) *es doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama*”. En el mismo sentido se pronuncian las más recientes sentencias de 25 de abril y 23 de mayo de 2005, (RJ, 6582 y 5405).

En este caso, la prueba es de fácil acceso a la reclamante, que obviamente debe poseer los datos de su propia facturación y de las

cantidades satisfechas en concepto de margen oficial al Colegio de Farmacéuticos, no pudiendo trasladar en este caso la carga de la práctica de una prueba que posee, a la Administración, en una interpretación equivocada del sentido del artículo 78 de la LRJ-PAC.

De acuerdo con el artículo 106.2 de la Constitución Española y, en particular el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en todo caso, el daño producido ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. Al decir que el daño alegado ha de ser efectivo, el legislador establece que únicamente serán indemnizables los daños ciertos, ya producidos, no los eventuales o simplemente posibles, correspondiendo en este punto la carga de la prueba al reclamante. (STS de 12 de mayo de 1998, RJ 1998, 4635, STS de 11 de mayo de 1999, RJ 1999, 5029, entre otras muchas).

Si bien, por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RD 429/1993, procedería emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados, este Consejo no puede pronunciarse sobre la cantidad concreta a satisfacer en concepto de indemnización al carecer de datos para ello. Así, sin perjuicio de la acreditación de la efectividad del ingreso de las cantidades retenidas a cuenta del IRPF y de las cuotas de la Seguridad Social, en los términos más arriba indicados, debe también considerarse, a efectos de disminuir la valoración del daño efectivamente causado en el patrimonio de la reclamante, el importe de las pensiones de jubilación que la misma hubiera podido percibir, puesto que si el daño que debe indemnizarse es el efectivo, constituido por la incidencia que en el patrimonio de la reclamante tuvo la incorrecta actuación de la Administración, lo cierto es que dicha actuación implicó para la demandante la posibilidad de compatibilizar la percepción de una pensión de jubilación con la titularidad de una oficina de farmacia y su explotación.

A efectos de acreditar lo anterior, deberá ser solicitado el correspondiente justificante de pago de la Seguridad Social.

**ÚLTIMA.-** La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la Ley 30/1.992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad 1/1.983, de 13 de diciembre. Cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley, contra el cabrá recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1.a) de la Ley de la Jurisdicción 29/1.998, de 13 de julio.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente



## CONCLUSIÓN

Este Consejo Consultivo considera que a los efectos del dictamen solicitado, procede la estimación de la reclamación efectuada, ascendiendo la indemnización a la cuantía que resulte de la aplicación de los criterios expresados en la consideración de derecho séptima del presente dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3. 7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 2 de diciembre de 2009