

Dictamen n<sup>o</sup>:           **531/09**  
Consulta:               **Consejero de Sanidad**  
Asunto:                 **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación:           **09.12.09**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría de seis votos favorables y el voto en contra del Excmo. Sr. Galera, en su sesión de 9 de diciembre de 2009 sobre la consulta formulada por el Sr. 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 M.S.M.V., en adelante “*la reclamante*”, por los daños causados como consecuencia del cierre de la oficina de Farmacia sita en la calle A n<sup>o</sup> aaa de Tielmes en virtud de Resolución del Director General de Ordenación e Inspección de la Comunidad de Madrid de 14 de abril de 2008.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de abril de 2009, la reclamante formuló reclamación por los daños ocasionados por el Servicio de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, como consecuencia del cierre definitivo y la clausura de la oficina de Farmacia sita en la calle A n<sup>o</sup> aaa de Tielmes, ordenada mediante Resolución del Director General de Ordenación e Inspección de 14 de abril de 2008, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008 dictada en el recurso de casación n<sup>o</sup> 338/07. Por ello, solicita en su escrito una indemnización de 682.451,77 euros por daños económicos y psíquicos, y de 60.000 euros en concepto de daños morales.

Adjunta a su reclamación documentación varia para sustentar sus pretensiones y posteriormente, mediante escrito de 28 de octubre de 2009, ha adjuntado informe pericial suscrito por un Auditor de Cuentas que valora el importe de la oficina de farmacia en 607.745,60 euros.

Del expediente remitido a este Consejo resultan los siguientes antecedentes de hecho:

En el municipio de Tielmes (Madrid) existía una sola oficina de farmacia abierta al público, en atención a su censo de población, hasta que en 1984 se inició el procedimiento para la apertura de otra oficina de farmacia. En dicha fecha se convocó concurso de traslado entre farmacéuticos titulares que se resolvió por Orden de 16 de noviembre de 1988 y dio lugar a la adjudicación de la plaza de farmacéutico titular de Tielmes elevada a definitiva el 14 de abril de 1989. El 5 de mayo de 1989 la nueva farmacéutica titular, S.P., solicitó la apertura de oficina de farmacia que le fue concedida por la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid mediante Resolución de la Dirección General de Salud de 19 de septiembre de 1989, confirmada en alzada por la Consejería de Salud en decisión de 6 de febrero de 1990.

Esa autorización fue recurrida por S.E., la farmacéutica que regentaba la única farmacia hasta entonces existente en la localidad, interponiendo dos recursos contencioso administrativos, después acumulados, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Proceso judicial resuelto mediante Sentencia de 18 de mayo de 1992 por la que se estima el recurso y se anula la autorización de apertura de la nueva oficina de farmacia concedida. La citada Sentencia fue recurrida en casación estimándose el recurso y ratificándose la autorización de apertura de nueva oficina de farmacia mediante Sentencia de 28 de septiembre de 1995.

La farmacéutica titular (S.P.) solicitó entonces, con fecha 1 de marzo de 1996, autorización para transmitir la farmacia, que le fue concedida mediante Resolución de 17 de mayo de 1996. En dicha resolución consta que había existido oposición por la otra farmacéutica del Municipio, por haber adquirido S.P. su autorización en su calidad de farmacéutica titular, sin embargo dicha alegación se desestimó con fundamento en una sentencia del Tribunal Supremo y en actuaciones precedentes de la propia Administración.

Anteriormente, el 21 de noviembre de 1995, la reclamante había celebrado un contrato privado de compraventa de oficina de farmacia con la farmacéutica titular (S.P.), en el que se establece como condición la necesidad de obtener la previa autorización de transmisión de la oficina de farmacia reseñada. Dicho contrato se elevó a público el 18 de junio de 1996. Posteriormente, la reclamante solicitó el traslado y reconocimiento del cambio de titularidad de la farmacia de Tielmes a la Inspección Farmacéutica. Consta que el 18 de septiembre de 1996 el Servicio de Ordenación Farmacéutica solicitó información a la Secretaría Regional de Salud para que confirmase si existía impedimento alguno para la visita a la oficina de farmacia por parte de la inspección para dar el visto bueno a la apertura de las mismas. En contestación a dicho escrito consta comunicación de 25 de septiembre de 1996 que manifiesta que *“no existe impedimento alguno para la ejecución de la resolución correspondiente”*.

En consonancia con ello, el 14 de octubre de 1996, el Servicio de ordenación farmacéutica extendió acta de cambio de titularidad de la referida oficina de farmacia a favor de la reclamante.

Sin embargo, la resolución de autorización genérica de transmisión de 17 de mayo de 1996 fue recurrida en alzada, el 27 de junio de 1996, por la otra farmacéutica de Tielmes, siendo dicho recurso desestimado mediante resolución de 13 de agosto de 1996. Posteriormente, S.E. interpuso recurso

contencioso administrativo que fue estimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre de 2002 que anuló la autorización. Interpuesto recurso de casación por S.P., que había transmitido la farmacia, inmediatamente de obtener la autorización para ello, y se había jubilado como farmacéutica titular en 1999, el mismo no fue admitido mediante Auto de 20 de marzo de 2003 del Tribunal Supremo, lo que determinó la firmeza de la Sentencia. La existencia de dicho procedimiento no fue notificada en ningún momento a la reclamante.

En ejecución de sentencia se dictó, por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Madrid, la resolución de 16 de abril de 2004 denegando a la farmacéutica titular la autorización para transmitir la oficina de farmacia de que era titular.

Dicha resolución se notificó a la reclamante, quién presenta un escrito a la Administración, el 12 de mayo de 2004, solicitando la suspensión de cualesquiera resoluciones se dicten en ejecución de la sentencia recaída, denunciando el no haber sido parte en dicho proceso judicial.

Asimismo, presenta escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, el 12 de mayo de 2004, por el que pide la suspensión de la ejecutividad de la sentencia y que se tenga por personada a la reclamante en el proceso judicial, a efectos de que se le notifique la sentencia y pueda interponer los recursos o ejercitar las acciones que estime pertinentes. Mediante Auto de 23 de junio de 2004, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid acuerda tener por ejecutada la sentencia y que no ha lugar a los pedimentos de la reclamante por no haber sido objeto del recurso la resolución de transmisión de la autorización de oficina de farmacia a la reclamante, sino una autorización genérica e innominada. Dicho Auto fue recurrido en súplica y confirmado mediante Auto de 13 de diciembre de 2004.

La resolución de 29 de octubre de 2004 desestima el recurso de alzada interpuesto por la reclamante y se confirma la Resolución de 16 de abril de 2004. Frente a dicha resolución, interpone recurso contencioso administrativo, que se tramita ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con el n° de recurso 50/2005.

Posteriormente, la resolución de 17 de marzo de 2006 del Director General de Farmacia y Productos Sanitarios, notificada el 28 de marzo siguiente, ordenó a la reclamante el cierre definitivo y clausura de la oficina de farmacia sita en la calle A n° aaa de Tielmes. La reclamante solicitó la ampliación del recurso contencioso administrativo y la adopción de la medida cautelarísima de suspensión, pese a lo cual la Administración, procedió al cierre de la oficina de farmacia el 6 de abril de 2006. Sin embargo, el Tribunal admitió la suspensión del acto administrativo mediante Auto de 7 de julio de 2006, por lo que la reclamante procedió a la reapertura de la farmacia el 12 de julio de 2006.

Finalmente, el Auto que admitía la suspensión del acto administrativo fue revocado por Auto del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008 dictado en recurso de casación. La reclamante interpuso, entonces, incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado mediante Auto del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2008.

En ejecución de dicho Auto se dictó resolución por el Director General de Ordenación e Inspección de 14 de abril de 2008, ordenando el cierre definitivo y clausura de la oficina de farmacia indicada, teniendo lugar el cierre definitivo el 28 de abril de 2008.

Mediante escrito de fecha de entrada en el Registro del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de septiembre de 2008, la reclamante desiste del recurso contencioso administrativo n° 20/2005, interpuesto frente a las resoluciones de 29 de octubre de 2004 y de 17 de

marzo de 2006. En dicho escrito se hace referencia a un acuerdo transaccional suscrito con el ex marido de la farmacéutica titular que le cedió la oficina de farmacia, por el que entrega a la reclamante 105.200 euros como la mitad del precio de la venta de la referida oficina de farmacia. Constan diversos requerimientos de pago por buro-fax a la cedente de la oficina de farmacia.

Consta en el expediente que la reclamante interpuso querrela por estafa y alzamiento de bienes frente a los transmitentes de la oficina de farmacia. Mediante Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 2008 se estima el recurso de apelación interpuesto frente al Auto de 7 de junio de 2007 del Juzgado de instrucción nº 32 de Madrid y se acuerda el sobreseimiento libre de S.P. y su marido.

La reclamante formula, con fecha 14 de abril de 2009, reclamación de Responsabilidad Patrimonial frente a la Consejería de Sanidad en solicitud de una indemnización en la cuantía de 682.451,77 euros por daños económicos físicos y psíquicos y de 60.000 euros en concepto de daños morales, como consecuencia del cierre definitivo y la clausura de la oficina de Farmacia sita en la calle A, nº aaa de Tielmes.

**SEGUNDO.-** 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.

Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en dicho Real Decreto, incluido el trámite de audiencia, regulado en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo “*LRJ-PAC*”, y 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de

marzo. Consta que en fecha 16 de julio de 2009, se notificó a la reclamante la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente.

También consta haberse requerido informe técnico, de fecha 6 de julio de 2009, del Director General de Ordenación e Inspección de la Consejería de Sanidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 del precitado Reglamento. Dicho informe se opone al reconocimiento de responsabilidad por entender que la reclamación está prescrita y no apreciarse la debida relación de causalidad.

Con fecha 24 de julio de 2009 se presenta escrito de alegaciones por la reclamante, manifestando su disconformidad con el informe emitido por la Dirección General de Ordenación e Inspección.

A la vista de las alegaciones se solicitó con fecha 19 de agosto de 2009 por la Subdirección General de Recursos, Actuaciones Administrativas y Responsabilidad Patrimonial, nuevo informe complementario, emitido con fecha 14 de septiembre de 2009, reiterando este informe el contenido del anterior de 6 de julio de 2009, no considerándose necesario trasladarlo a la reclamante y omitiendo un nuevo trámite de audiencia al no introducirse ningún hecho nuevo que resultara determinante para la desestimación de la reclamación.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó, el 2 de octubre de 2009, propuesta de resolución desestimatoria, por considerar prescrito el derecho de la reclamante y no resultar antijurídica la lesión padecida por la reclamante. Dicha propuesta fue informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Finalmente, el 30 de octubre de 2009, la reclamante ha presentado escrito al que adjunta un informe pericial sobre la valoración de los daños suscrito por auditor de cuentas de fecha 26 de septiembre de 2009.

**TERCERO.-** El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 20 de octubre de 2.009, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 3 de noviembre de 2009, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por mayoría de seis votos favorables y el voto en contra del Excmo. Sr. Galera, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 9 de diciembre de 2009.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

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), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

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

**SEGUNDA.-** La reclamante está legitimada activamente para formular reclamación que le indemnice por los daños, tanto físicos como psíquicos, ocasionados a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJ-PAC. A tal efecto queda acreditado que es la titular del derecho de explotación de

la oficina de farmacia que ha sido objeto de cierre por parte de la Administración.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad de Madrid en cuanto autora del acto administrativo que supuestamente ha ocasionado el daño a la reclamante.

**TERCERA.-** Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC *“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 caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*.

Entiende la jurisprudencia, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2007 (recurso nº 7150/2002) y de 20 de junio de 2006 (rec. 1344/2002) que para la determinación del *“dies a quo”* para el cómputo del plazo de prescripción resulta de aplicación el principio general de la *“actio nata”* consagrado en el artículo 1969 del Código Civil, el cual dispone que el cómputo del plazo para ejercitar 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. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 (recurso nº 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".*

La reclamante solicita que se le indemnice por los daños ocasionados por el cierre de la oficina de farmacia como consecuencia de la ejecución de una sentencia recaída en un proceso judicial en el que no fue, a su juicio, debidamente emplazada. En ejecución de la precitada sentencia, la Administración dictó, el 16 de abril de 2004, una resolución por la que se deniega a S.P. la autorización de transmisión de la oficina de farmacia sita en el municipio de Tiernes, confirmada en recurso de alzada mediante resolución de 29 de octubre de 2004, frente a dicha resolución la reclamante interpone recurso contencioso administrativo. Posteriormente, el 17 de marzo de 2006, se dicta resolución por la que se acuerda el cierre y clausura de la oficina de farmacia, la reclamante solicita la ampliación del recurso contencioso administrativo a dicho acto, y pide la suspensión del mismo como medida cautelar. Concedida mediante Auto de 7 de julio de 2006, sin embargo la Administración había ejecutado el cierre con fecha 6 de abril de 2006, queda acreditado el despido de dos trabajadoras con fecha 25 de marzo de 2006. De acuerdo con la propuesta de resolución la farmacia fue abierta al público nuevamente el 12 de julio de 2006.

Ello no obstante, dicha medida de suspensión fue revocada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008, al estimar el recurso de casación interpuesto por la otra farmacéutica titular. Ante dicha sentencia la reclamante interpone incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado mediante Auto de 18 de abril de 2008. Finalmente, el cierre efectivo de la farmacia tuvo lugar el 23 de abril de 2008, queda acreditado el despido de las dos trabajadoras el 25 de marzo de 2008.

Este Consejo no comparte el criterio de la propuesta de resolución de considerar como *dies a quo* del plazo de un año la fecha de la Sentencia de 23 de enero de 2008, por la que se acordó dejar sin efecto la suspensión del acto administrativo que acordaba el cierre de la farmacia el 17 de marzo de 2006, porque no ha sido hasta abril de 2008 en que dicho cierre ha tenido lugar efectivamente.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2006 (Recurso nº 3304/2002) *“la prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una interpretación rigorista por tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer una tratamiento restrictivo”*.

En esta línea, es necesario distinguir entre aquellos supuestos en que la sentencia suponga la finalización del perjuicio, de aquellas otras en que la misma exija una actuación de la Administración para terminar con el daño, entendiéndose que sólo para el primer caso el plazo de prescripción debe contarse desde la firmeza de la sentencia, mientras que para el segundo fija el comienzo del plazo prescriptivo en la terminación del perjuicio. Esta interpretación guarda una cierta correspondencia con la doctrina jurisprudencial que declara que *«no cabe atender sin más al hecho motivador como punto inicial del plazo –de prescripción–, sino que éste empieza a correr desde que se estabilizan los efectos lesivos en el patrimonio del declarante que es cuando hay conocimiento del mismo para valorar su extensión y alcance»*.

Teniendo en cuenta la expuesta posición jurisprudencial en cuanto al cómputo del plazo de prescripción que nos ocupa, el *dies a quo* para el inicio del cómputo de la prescripción para la concreta acción ejercitada, no puede ser la fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo revocando la

medida cautelar de suspensión, sino el 23 de abril de 2008, fecha del cierre del establecimiento.

A la vista de las fechas consignadas, habiéndose formulado la reclamación el 14 de abril de 2009, cuando aun no había transcurrido el plazo de un año desde que la Administración cerrara efectivamente la oficina de farmacia, no puede reputarse prescrita la acción ejercitada. Ello no obstante, respecto de los daños derivados del cierre efectuado en abril de 2006, consistentes en las indemnizaciones pagadas al personal y las pérdidas por cierre del establecimiento, el *dies a quo* del plazo de prescripción vendría determinado por dicha fecha de cierre, por lo que la reclamación estaría prescrita para reclamar estos daños.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del gobierno y administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, 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.

La reclamante ha aportado la prueba que ha considerado pertinente y se han recabado cuantos informes se han considerado necesarios para esclarecer la actuación de la Administración y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Reglamento, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

**QUINTA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, desarrollada por los artículos 139 a 146 de la LRJ-PAC, desarrollados por el Real Decreto

429/1993, de 26 de marzo, al que ya hemos hecho referencia anteriormente.

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha

desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

**SEXTA.-** Es necesario determinar si existe un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado como requiere el artículo 139.2 de la LRJ-PAC. La reclamante solicita en su escrito una indemnización de 682.451,77 euros por daños económicos y psíquicos y de 60.000 euros en concepto de daños morales.

Señala en su escrito que debe indemnizarse con el valor de la oficina de farmacia que ha perdido, a su juicio, por la actuación de la Administración, que cuantifica en 607.745,70 euros, a tal efecto aporta informe pericial suscrito por un auditor de cuentas.

A dicho importe añade el importe de las pérdidas sufridas como consecuencia del cierre de la oficina de farmacia durante el año 2006 que cuantifica en 18.980,79 euros. Igualmente solicita indemnización por el pago de indemnizaciones laborales a sus empleadas como consecuencia del despido tras el cierre de la oficina de farmacia, por valor de 7.564,34 euros, la pérdida de las existencias de la farmacia en el momento del cierre por valor de 6.733,60 euros, 3.280 euros por la baja de maternidad de su segundo hijo que no disfrutó, así como un total de 14.790,27 euros por los gastos notariales, administrativos y de defensa jurídica derivados del extenso proceso indicado. Finalmente solicita una indemnización de 60.000 euros por los daños morales ocasionados, por la angustia generada, los daños ante la clientela y vecinos, lo que le ha ocasionado que se haya tenido que someter a un tratamiento psiquiátrico.

Como hemos manifestado en la consideración de derecho tercera, tanto las pérdidas sufridas como consecuencia del cierre de la oficina de farmacia en el año 2006, como las indemnizaciones satisfechas (6.922,82 euros) en

concepto de indemnización por despido de dos trabajadoras, en dicha fecha, estarían prescritas.

La reclamante solicita una indemnización “*in natura*”, esto es el reconocimiento o puesta a disposición de una oficina de farmacia de condiciones similares, nunca peores, en la Comunidad de Madrid para continuar con el ejercicio de su actividad profesional. Evidentemente, como concluye la propuesta de resolución, no es posible satisfacer la pretensión de la reclamante mediante la puesta a disposición de la misma de una nueva oficina de farmacia, puesto que ella no ostenta un derecho de apertura de oficina de farmacia obtenido. Derecho que se obtiene tras la resolución del correspondiente procedimiento de autorización para la apertura de nuevas oficinas de farmacia en la Comunidad de Madrid como disponen los artículos 11 y 12 del Decreto 115/1 997, de 18 de septiembre y la Ley 19/1 998, de 25 de noviembre.

La relación de causalidad entre la pérdida de la oficina de farmacia y la actuación de la Administración resulta manifiesta, pues la anulación de la resolución de 17 de mayo de 1996, por la que se concede a S.P. la autorización para transmitir la oficina de farmacia de la que es titular en Tiernes, conlleva la de la resolución ulterior que autoriza la transmisión a la hoy reclamante.

**SÉPTIMA.-** Debe analizarse si concurre el requisito de la antijuricidad. Dispone el artículo 141.1 de la LRJ-PAC 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*”.

La reclamante considera que el daño ocasionado por el cierre de la oficina de farmacia es imputable a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por no haberle notificado el proceso judicial en el que se impugnaba la validez de la autorización de transmisión de la referida oficina de farmacia concedida a S.P. Todo ello, a pesar de que la

Administración había autorizado la transmisión de la oficina de farmacia a la reclamante, mediante Acta de 14 de octubre de 1996 extendida por la Inspección de Farmacia. Asimismo, argumenta que la Administración creó una apariencia de derecho al manifestar, mediante comunicación de 25 de septiembre de 1996, que no existía impedimento alguno para la ejecución de la resolución de transmisión.

A nuestro juicio, deben analizarse dos cuestiones distintas; la primera de ellas es si la Administración ha incumplido la obligación impuesta por la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (LJCA), aplicable por razón de la fecha al proceso judicial (ex Disposición Transitoria segunda, apartado primero de la Ley 29/1998, de 13 de julio), en su artículo 64.1 de emplazar a cuantos resulten interesados; y en segundo lugar; si la comunicación efectuada en septiembre de 1996, a pesar de la existencia del proceso judicial, es susceptible de generar responsabilidad por el principio de confianza legítima.

Dispone el artículo 64.1 de la LJCA (similar al artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio) que la resolución de remisión del expediente al tribunal “*se notificará de inmediato a cuantos aparezcan como interesados en el mismo, emplazándoles para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días. (...)*”. El concepto de interesado en el procedimiento administrativo se define en el artículo 31 de la LRJ-PAC a cuyo tenor, “*se consideran interesados en un procedimiento administrativo:*

*a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*

*b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que el mismo se adopte.*

*c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales y colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.*

Dicho artículo debe analizarse conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 34 de la misma que establece que *“si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento”.*

La propuesta de resolución considera que la reclamante no figuraba como interesada en el procedimiento administrativo que finalizó mediante Resolución de 17 de mayo de 1996 que concedía a la farmacéutica titular la autorización genérica e innominada para la transmisión de la oficina de farmacia de la que era titular. Si bien dicho argumento es cierto, la Administración no puede obviar que, con posterioridad a dicha fecha, ha autorizado la transmisión a la hoy reclamante de la referida farmacia, como resulta del acta de la Inspección de Farmacia de 14 de octubre de 1996 que permite la apertura de la misma.

La reclamante cumple el requisito de ser titular de un derecho que se ha visto afectado por el resultado del proceso contencioso administrativo como prescribe el artículo 31.1 b) de la LRJ-PAC. La cuestión es que dicha condición no se infiere, exclusivamente, del expediente que concluyó mediante resolución de 13 de agosto de 1996, por la que se confirma la resolución de 17 de mayo de 1996 de autorización genérica e innominada a favor de S.P., sino que deriva de actuaciones posteriores. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante Autos de 23 de julio y de 13 de diciembre de 2004, dictados en ejecución de sentencia, no considera que ha existido un defecto en el emplazamiento, porque se

circunscribe al expediente remitido por la propia Administración en el que, efectivamente, no aparece identificada la reclamante.

La doctrina del Tribunal Constitucional, recaída en recursos de amparo por vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución, dispone, entre otras, en Sentencias de 2 de junio de 2003 (recurso de amparo nº 3734/2000 y de 15 de diciembre de 2008 (recurso de amparo nº 7842/2005), que son tres los requisitos que han de concurrir, cumulativamente, para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional:

*“1º) Que el demandante de amparo sea titular de un derecho o interés legítimo y propio, susceptible de afectación en el proceso contencioso administrativo en cuestión, lo que determina su condición material de demandado en aquel proceso. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. En todo caso, hay que destacar que la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse en el tiempo de la iniciación del proceso contencioso administrativo.*

*2º) Que el interesado fuera, en segundo lugar, identificable por el órgano jurisdiccional. El cumplimiento de este requisito depende esencialmente de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda.*

*3º) Que se haya ocasionado al recurrente, en tercer lugar, una situación de indefensión real y efectiva. No hay indefensión real y efectiva cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa. A la conclusión del conocimiento extraprocesal de un proceso se puede llegar mediante una prueba suficiente, lo que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones”.*

Nos encontramos ante una cuestión de difícil solución, pues la indefensión generada a la reclamante, que no ha podido defender sus derechos ante los Tribunales está amparada por la propia resolución judicial que entiende que el emplazamiento se ha efectuado correctamente. El problema, a nuestro juicio, estriba en la propia dicción del artículo 64.1 de la LJCA, que requiere el emplazamiento de cuantos aparezcan como interesados en el expediente. Ahora bien, en este caso, ¿que conforma el precitado expediente? Lo lógico es que el mismo lo conformen las actuaciones administrativas que conllevan la formación de la voluntad de la Administración que finaliza mediante un acto administrativo, en este caso la Resolución de 17 de mayo de 1996. Ahora bien, no tiene sentido que si posteriormente se dictan actos que concretan autorizaciones genéricas, no se identifique como interesado a quien resulte titular del mismo.

Si bien no consta la fecha de la interposición del recurso, la resolución que puso fin a la vía administrativa es de 13 de agosto de 1996 y el plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo era de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de conformidad con el artículo 58.1 de la LJCA de 1956 (similar al artículo 46.1 de la LJCA de 1998). Consta en el Auto de 13 de diciembre de 2004 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que la remisión del expediente al Tribunal tuvo lugar el 13 de enero de 1998, por tanto con posterioridad a la fecha en que se había autorizado la transmisión a la hoy reclamante.

Por ello, este Consejo considera que los daños producidos a la reclamante sí resultan antijurídicos, por cuanto no tiene el deber jurídico de soportar el no haber sido emplazada como interesada en el proceso judicial incoado frente a un acto que necesariamente va a determinar la validez del acto posterior, por el que adquiere la titularidad del derecho a explotar la oficina de farmacia. La autorización genérica de transmisión es el antecedente

necesario de la transmisión concreta, por lo que ante la invalidez del primero no puede pervivir jurídicamente el segundo.

Por lo que se refiere a la apariencia creada por la propia Administración por la comunicación interna de 25 de septiembre de 1996, la misma no es susceptible de generar responsabilidad, más allá de la constancia por la propia Administración de la existencia de una persona interesada en el procedimiento por tener un interés legítimo y directo en el asunto. Se trata de una comunicación interna entre órganos administrativos, no dirigida a la propia interesada y que manifiesta que la resolución de 17 de mayo de 1996 es ejecutable, en consonancia con el principio de ejecutividad de los actos administrativos consagrado en los artículos 56, 57.1 y 94 de la LRJ-PAC. Por lo que no se aprecia irregularidad alguna al respecto.

**OCTAVA.-** Los únicos daños que resultarían indemnizables son los derivados de la falta de emplazamiento en el proceso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución de 13 de agosto de 1996, confirmatorio de la autorización concedida mediante resolución de 17 de mayo de 1996. Dichos daños se concretan en la pérdida de oportunidad de haber defendido su derecho ante el tribunal, así como la depresión que acreditaba que padece, no así los derivados del cierre de la farmacia, en los que no se aprecia el requisito de la antijuricidad pues son actos que se dictan en ejecución de sentencia.

Todo ello, sin perjuicio del derecho que le asiste de reclamar frente a la transmitente de la oficina de farmacia, por cuanto en el propio contrato de compraventa condiciona la transmisión a la efectiva obtención de la autorización. En dicho sentido, la reclamante aporta justificación de haber recibido 105.200 euros del ex marido de la transmitente del derecho, en concepto de devolución de la mitad del precio que en su día abonó por la transmisión del derecho y manifiesta que ha presentado demanda de devolución del precio e indemnización de daños y perjuicios.

Por todo ello se considera que procede reconocer una indemnización de 20.000 euros.

**NOVENA.-** La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la Ley 30/1992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid 1/1983, de 13 de diciembre, cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley. Contra dicha orden cabrá recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1 j) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente



## CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial debe ser estimada y procede reconocer una indemnización, por todos los conceptos, de 20.000 euros.

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.

Madrid, 9 de diciembre de 2009