

Dictamen n.º: **295/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **28.06.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 28 de junio de 2018, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por la empresa ANTICIMEX LABORATORIOS, S.L. por la estimación parcial del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Salud Pública, de 3 de agosto de 2016, por la que se ordenó el cierre del citado laboratorio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el día 17 de enero de 2018 en el registro auxiliar de la Dirección del Área Territorial de Madrid-Sur dirigido a la Consejería de Sanidad, la entidad reclamante solicita el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la Resolución de la Dirección General de Salud Pública, de 4 de agosto de 2016, por la que se ordenó el cierre del laboratorio. Resolución que fue anulada parcialmente por la Resolución de 11 de enero de 2017 del viceconsejero de Sanidad, que dejó sin efecto la resolución de cierre en lo que se refiere a la actividad de análisis

microbiológicos en alimentos y fisicoquímicos en agua de consumo (folios 1 a 26 del expediente administrativo).

La empresa reclamante manifiesta que se constituyó el día 26 de junio de 2014 y que tenía como actividad principal la de análisis y ensayos técnicos y como complementarias las actividades de control de plagas y de formación no reglada, particular y exclusivamente para la industria agroalimentaria. Aporta los datos de facturación, analizados por cliente, ejercicio y fecha en que dejaron de solicitar sus servicios. Alega que *“sus clientes solo han tenido conocimiento de que no teníamos licencia para el ejercicio de la actividad, cuestión que se les comunicaba verbalmente a través de los veterinarios de servicio de Sanidad de Madrid, a los responsables de calidad de las empresas, y posteriormente se les informó del decreto de cierre de la actividad, con lo que la empresa ANTICIMEX LABORATORIOS, S.L., quedó abocada al cierre por causas económicas y en especial por la baja sistemática de nuestros clientes”*.

Reclama por el daño emergente derivados de los costes de la rescisión de los contratos de los trabajadores con posterioridad al 26 de mayo de 2016, que cifra en 31.957,77 € más los derivados de la sentencia de 23 de enero de 2018 (35.004,96 € por indemnización y 19.231,12 € de salarios de tramitación), 50.000 € por daños morales y 64.785 € por el lucro cesante estimado de cinco anualidades.

Con fecha 5 de febrero de 2018 se requiere a la empresa reclamante para que, de conformidad con lo exigido por el artículo 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), presentara su reclamación por vía electrónica en un plazo de diez días hábiles con el apercibimiento de que, en caso contrario, se le tendría por desistido (folios 27 y 28).

El día 15 de febrero de 2018, la empresa reclamante formula su solicitud de responsabilidad patrimonial por vía electrónica (folios 29 a 58).

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

1.- Con fecha 5 de mayo de 2015, se giró visita de inspección por el Servicio de Registros Oficiales de Salud Pública de la Dirección General de Ordenación e Inspección de la Consejería de Sanidad, a las instalaciones de la entidad reclamante, sitas en la calle (...), del municipio de Madrid, levantándose Acta nº 001634.

Como consecuencia de dicha inspección, con fecha 6 de mayo de 2015 se emitió Informe Técnico de Inspección por el Laboratorio Regional de Salud Pública, en el que se indica que se concluía:

“ El Laboratorio se encuentra abierto y en funcionamiento sin contar con la preceptiva autorización administrativa de funcionamiento (no cuenta con número de Registro de Laboratorios de la Comunidad de Madrid).

· El Laboratorio realiza análisis microbiológicos, fisicoquímicos y cromatográficos de alimentos y residuos.

· Declaran que en el año 2014 han analizado 1.500 muestras en microbiología y 300 muestras para la detección de residuos en carne destinada al consumo.

· La Directora Técnica asume la responsabilidad de los ensayos de todo el laboratorio, pero no dispone de formación y experiencia acreditada en el área de química.

- *La responsable del Laboratorio es estudiante de Ciencias químicas y sólo dispone de experiencia en el Laboratorio (...). No se puede verificar la formación recibida ya que no disponen de registros del período formativo con supervisión del responsable de dicha formación*
- *Los informes de ensayo van firmados por el Gerente del Laboratorio cuando no es el responsable técnico de los ensayos.*
- *No disponen de registros para equipos del área química relacionados con la detección de residuos.*
- *No calibran equipos volumétricos de volúmenes inferiores a 1 ml por no disponer de equipos de resolución adecuada.*
- *No disponen de registros de calibración/verificación de equipos de técnicas instrumentales.*
- *No disponen de registros primarios de ensayos químicos, ni informes originales en el caso de que las determinaciones se realicen por laboratorio subcontratado, por lo que no se puede evidenciar la trazabilidad de los resultados de residuos químicos, entre ellos pesticidas”.*

2.- Ante las deficiencias detectadas y tras el pertinente trámite de audiencia, la Dirección General de Ordenación e Inspección (actual Dirección General de Salud Pública) dictó Resolución de 6 de julio de 2015, por la que se ordenaba la suspensión de actividades del laboratorio de la entidad reclamante, sin carácter de sanción, “*hasta tanto se rectifiquen la deficiencias recogidas en la presente Resolución, desaparezca el riesgo creado para la salud pública y se cumplan los requisitos exigidos por la normativa aplicable*”, notificada a la interesada el día 14 de julio de 2015, todo ello al amparo de lo establecido en el artículo 148 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación

Sanitaria de la Comunidad de Madrid, 15.1 y 51.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y el artículo 26 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad.

3.- Paralelamente, la empresa reclamante solicitó el 12 de junio de 2015, la preceptiva y previa autorización de inscripción en el Registro de Laboratorios que realizan controles analíticos de productos alimenticios de la Comunidad de Madrid, para la realización de ensayos fisicoquímicos y microbiológicos en alimentos (Expte. 136-1/15).

Dicha solicitud, tras los trámites pertinentes y requerimientos de subsanación y ante la falta de corrección de muchas de las deficiencias detectadas, fue denegada mediante Resolución de 4 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Salud Pública, notificada el 17 de noviembre de ese mismo año.

4.- Con fecha 26 de noviembre de 2015, la entidad solicita una nueva autorización de inscripción en el Registro de Laboratorios, únicamente para la actividad de ensayos de microbiología en alimentos y de fisicoquímicos en agua de consumo, excluyendo los residuos químicos en alimentos (Expte. 136-2/15).

Tras requerimiento de subsanación a la entidad, el Laboratorio Regional de Salud Pública, el 21 de enero de 2016, emite informe negativo en relación a la solicitud de autorización, señalando la existencia de deficiencias relativas a la organización del laboratorio y, en atención a todo ello y a la vista de las desviaciones detectadas, concluía la improcedencia de realizar evaluación documental técnica.

5.- Con fecha 7 de junio de 2016, se giró de nuevo visita de inspección al Laboratorio en cuestión, levantándose Actas nº 000518/M

y 000519/M, comprobándose, de la documentación recogida, que el mismo seguía funcionando y realizando ensayos analíticos de parámetros microbiológicos y residuos químicos pese a la suspensión de actividad que fue acordada mediante Resolución de 6 de julio de 2015 y que se encontraba vigente.

La documentación recogida y referenciada en el Acta nº 000519/M consistía en cuatro sobres que contenían boletines analíticos de autocontrol de residuos químicos y microbiológicos en alimentos emitidos por la empresa reclamante y firmados por el gerente y la directora técnica. Las fechas de emisión de estos boletines eran desde el 1 de julio de 2015 hasta mayo de 2016 y se resumían en:

- Sobre nº 1: 90 boletines de ensayos de residuos químicos en alimentos, de fechas 13/01/2016 a 18/04/2016; 45 boletines de ensayos microbiológicos en canales de porcino y 45 boletines de ensayos microbiológicos en canales de bovino, ambos de abril y mayo de 2016.

- Sobre nº 2: 121 boletines de ensayos de residuos químicos en alimentos, de fechas de junio de 2015 a enero de 2016

- Sobre nº 3: 156 boletines de ensayos microbiológicos en alimentos de fechas de julio de 2015 a diciembre de 2015.

- Sobre nº 4: 192 boletines de ensayos microbiológicos en alimentos, de fechas de julio de 2015 a febrero de 2016.

6.- Con fecha 5 de julio de 2016, se levantó Acta de la Comisión de Evaluación de Laboratorios, en la que, entre otros asuntos, se trató la situación de la empresa reclamante.

En dicha Acta se indicaba que la presidenta de la Comisión comunicó la imposibilidad de seguir con el expediente de solicitud (Expte. 136-2/15) por figurar el gerente como responsable de calidad. Se

informó también que se había iniciado el trámite de audiencia para el cierre, motivado por la documentación recogida por los inspectores (Actas nº 000518/M y 000519/M) y, a la vista de los antecedentes y de la actuación de este Laboratorio, proponía que se llevara a cabo el cierre del mismo.

7.- La Dirección General de Salud Pública, a la vista de la documentación obtenida en la inspección de 7 de junio de 2016, de la que se desprendía que el laboratorio seguía funcionando y realizando análisis microbiológicos y de residuos fisicoquímicos, incumpliendo con ello la medida cautelar de suspensión de la actividad adoptada mediante Resolución de 6 de julio de 2015, propuso el cierre del laboratorio con fecha 21 de junio de 2016, dando trámite de audiencia a la entidad reclamante, que presentó alegaciones el 8 de julio de 2016.

8.- Mediante Resolución de 3 de agosto de 2016, notificada el día 10 del mismo mes, la Dirección General de Salud Pública ordenó el cierre del Laboratorio, sin carácter de sanción *“debido a que supone un grave riesgo para la salud pública de las personas, hasta que no se rectifiquen las deficiencias recogidas en la presente Resolución y se cumplan los requisitos exigidos por la normativa aplicable”*, al amparo de las potestades reconocidas en el artículo 148 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, 15.1 y 51.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y el artículo 26 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad.

9.- Frente a dicha Resolución, mediante escrito presentado en una oficina de correos el 9 de septiembre de 2016, la entidad reclamante formuló recurso de alzada.

10.- Por Resolución del viceconsejero de Sanidad nº 12/17, de 11 de enero de 2017 –notificada a la entidad el 17 de ese mismo mes-, se estimó parcialmente el recurso, dejando el acto impugnado *“sin efecto en lo que se refiere a la actividad de análisis microbiológicos en alimentos y físico químicos en agua de consumo; y manteniendo el cierre respecto a la actividad de realización de ensayos de parámetros fisicoquímicos en alimentos, actividad para la que el Laboratorio carece de autorización”*.

El motivo de dicha estimación parcial por la que se levantaba el cierre únicamente en lo que se refería a la actividad de análisis microbiológicos en alimentos y físico químicos en agua de consumo fue que, al analizar la documentación, se comprobó que, de conformidad con el artículo 11.2 del Decreto 150/2001, como consecuencia del silencio administrativo, se produjo la estimación presunta de la autorización de inscripción en el registro de Laboratorios solicitada el 26 de noviembre de 2015 para la actividad de ensayos de microbiología en alimentos y de fisicoquímicos en agua de consumo, excluyendo los residuos químicos en alimentos (Expte. 136-2/15), puesto que de conformidad con la misma no había sido resuelta de forma expresa en el plazo de 6 meses que establece el citado artículo 11.2 del Decreto 150/2001.

Dicha autorización presunta sólo tenía efectos para análisis de microbiología en alimentos y de fisicoquímicos en agua de consumo y no amparaba la realización de ensayos de parámetros fisicoquímicos en alimentos.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente el informe, de 12 de marzo de 2018, del

director general de Salud Pública que considera procedente la desestimación de la reclamación porque la entidad reclamante estaba operando en el mercado sin contar con las autorizaciones preceptivas, tal como exige la legislación sanitaria y por ese motivo se tomaron por parte de la Administración las medidas oportunas para que cesara la actividad.

El informe del director general de Salud Pública de 12 de marzo de 2018 señala que la resolución de 11 de enero de 2017 que estimó parcialmente el recurso de alzada interpuesto por la reclamante contra la resolución que acordaba el cierre del laboratorio, dejó sin efecto la medida de cierre relativa a la actividad de análisis microbiológicos en alimentos y fisicoquímicos en agua de consumo, actividad para la que la interesada tenía autorización otorgada por silencio administrativo, habida cuenta del tiempo transcurrido desde la solicitud sin haber recaído resolución expresa de autorización y mantuvo el cierre respecto de la actividad de realización de ensayos de parámetros fisicoquímicos en alimentos.

El informe considera que la medida de cierre se adoptó ante la existencia de un riesgo para la salud pública derivado del ejercicio de una actividad sin las debidas garantías y que se adoptó en el marco de la potestad prevista en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y en la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Madrid y en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por lo que está obligada a soportar los eventuales daños que puedan producirse de una actuación administrativa ajustada a derecho.

En relación con los daños, el informe del director general de Salud Pública manifiesta que la entidad reclamante aporta unas facturas que no describen los trabajos realizados por ella, lo que impide conocer si se trataban de análisis de autocontrol de residuos químicos y

microbiológicos en alimentos, actividad para la que no estaban autorizados o se trataban de análisis microbiológicos en alimentos y fisicoquímicos en agua de consumo, actividad para la que sí estaban autorizados por silencio administrativo y considera que el cierre de la empresa por causas económicas no fue causado por la actuación de la Administración, ya que la pérdida de clientes no se debió a que éstos tuvieran conocimiento por la Administración de la falta de autorización sino que el daño es imputable a la propia actuación de la empresa, pues si la mercantil hubiera contado con las autorizaciones preceptivas, ninguna de las actuaciones realizadas por la Comunidad de Madrid hubieran tenido lugar.

Tras la incorporación al procedimiento del anterior informe con toda la documentación, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia.

Por escrito fechado el día 26 de abril de 2018 la entidad reclamante efectúa alegaciones en las que solicita un incremento de la indemnización solicitada de 54.236,08 € (35.004,96 € por la indemnización a una trabajadora a la que ha sido condenada por sentencia y de 19.231,12 por los salarios de tramitación) (folios 1710 a 1713) con el que aporta diversa documentación, entre la que figuran el modelo 390 de declaración del IVA, de los ejercicios 2014, 2015, 2016 y 2017; el modelo 347 , relativo a la declaración anual de operaciones con terceras personas, correspondiente a los años 2014, 2015 y 2016; presentación de la declaración censar ante la Agencia Tributaria, relativa al cese de las actividades de la reclamante el día 28 de febrero de 2017; copias de facturas emitidas durante los años 2015 y 2016; copia de la Sentencia nº 368/2017, de 8 de noviembre de 2017, del Juzgado de lo Social nº 16 y copia de la Sentencia nº 31/2018, de 24 de enero del Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid. La entidad reclamante propone como prueba la declaración testifical de los representantes de 24 empresas.

Se ha formulado propuesta de resolución por el secretario general técnico de la consejería de Sanidad (folios 3504 a 3528) con fecha 21 de mayo de 2018 desestimatoria de la reclamación al considerar que extemporánea la reclamación, ni concurrir los requisitos necesarios para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 24 de mayo de 2018 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 255/18, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 28 de junio de 2018.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 € por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1 y su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de una reclamación presentada tras la entrada en vigor de dicha norma, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del Libro preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

SEGUNDA.- La entidad reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial del artículo 32.1 de la LRJSP, en tanto que persona que ha sufrido los daños por los que se solicita una indemnización.

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la Consejería de Sanidad, como Administración con competencias en materia de Salud Pública, que acordó el cierre del laboratorio.

En relación con procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 81.1 de la LPAC, se ha recabado informe del servicio causante del daño, la Dirección General de Salud Pública. Después de la incorporación al procedimiento del anterior informe se ha dado audiencia a la empresa reclamante, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC, que ha formulado alegaciones y ha propuesto como prueba la declaración como testigos de una relación de personas jurídicas que *“serán citados en el momento procesal oportuno”*. Esta solicitud ha sido rechazada por la Administración motivadamente

en la propuesta de resolución, al considerar que se desconoce qué pretende acreditar la interesada con dichos testimonios.

Debe añadirse que los testigos propuestos son, todos ellos, personas jurídicas. Sobre el hecho de que se pueda tomar declaración a una persona jurídica, el artículo 381 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), contempla esta posibilidad al establecer que cuando, sobre hechos relevantes para el proceso, sea pertinente que informen personas jurídicas y entidades públicas en cuanto tales, por referirse esos hechos a su actividad, sin que quepa o sea necesario individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interese, la parte a quien convenga esta prueba podrá proponer que la persona jurídica o entidad, a requerimiento del tribunal, responda por escrito sobre los hechos en los diez días anteriores al juicio o a la vista.

Por tanto, con las particularidades que supone la aplicación de este precepto en el procedimiento administrativo, la entidad reclamante debería haber presentado la declaración escrita de las personas jurídicas propuestas como testigos, o haber propuesto las cuestiones sobre las que quería que se pronunciasen en su informe. Así se deduce del artículo 381.2 LEC que establece que *“en la proposición de prueba a que se refiere el apartado anterior se expresarán con precisión los extremos sobre los que ha de versar la declaración o informe escrito”*.

Además, debemos considerar que la propuesta de prueba testifical no se ha formulado en el momento procedimental oportuno, ya que se ha solicitado en el trámite de audiencia, instruido el procedimiento e *“inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”*, cuando de conformidad con el artículo 82 LPAC, en el trámite de audiencia los interesados podrán *“alegar y presentar documentos y justificaciones que estimen pertinentes”*.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, tal y como establece el artículo 88 de la LPAC, propuesta remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En cuanto al requisito temporal, el artículo 67.1 LPAC dispone que *“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional 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 en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente”*.

En el presente caso, la reclamación se fundamenta en la anulación parcial por Resolución del viceconsejero de Sanidad de 11 de enero de 2017 (notificada el día 17 de enero de 2017) de la Resolución de 3 de agosto de 2016 por la que se ordenó el cierre del laboratorio de la entidad reclamante, al considerar que ésta obtuvo autorización de inscripción en el Registro de Laboratorios para la actividad de ensayos de microbiología en alimentos y de fisicoquímicos en agua de consumo por silencio administrativo, por no haber sido resuelta su solicitud formulada el día 26 de noviembre de 2015 de forma expresa en el plazo de 6 meses.

La reclamación formulada por la interesada, que es una persona jurídica, se presentó de forma presencial, no por vía electrónica como exige el artículo 14.2 LPAC, el día 17 de enero de 2018, último día del plazo para exigir responsabilidad patrimonial.

La Administración requirió a la interesada para que subsanara el defecto observado en su reclamación, al no haberse presentado de manera electrónica como exige el artículo 68.4 LPAC. Dicha subsanación tuvo lugar el día 15 de febrero de 2018, fecha en la que, de

acuerdo con el citado artículo 68.4 LPAC, debe entenderse formulada la solicitud. La propuesta de resolución, de acuerdo con este precepto, considera prescrita la reclamación al considerar que la reclamación presentada el día 15 de febrero de 2018 está formulada fuera de plazo, al haber transcurrido más de un año desde la notificación de la Resolución del viceconsejero de Sanidad de 11 de enero de 2017, el día 17 de enero de 2018.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo declarado por esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 173/18, de 19 de abril, en relación con las dudas interpretativas que plantea la entrada en vigor de la obligación de presentar los escritos y solicitudes electrónicamente por parte de las personas jurídicas y ciertas personas físicas. En efecto, a tenor de lo establecido en el párrafo segundo de la disposición final séptima de la LPAC (*“No obstante, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la ley”*); la disposición transitoria cuarta de la LPAC (*“Mientras no entren en vigor las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico, las Administraciones Públicas mantendrán los mismos canales, medios o sistemas electrónicos vigentes relativos a dichas materias, que permitan garantizar el derecho de las personas a relacionarse electrónicamente con las Administraciones”*) y la disposición derogatoria única de la LPAC (*“Hasta que, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final séptima, produzcan efectos las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico, se mantendrán en vigor los artículos de las normas previstas en las letras a), b) y g) relativos a las materias mencionadas”*), un

importante sector de la doctrina ha considerado que la obligación de presentar electrónicamente la documentación entra en vigor el 2 de octubre de 2018, de manera que hasta esa fecha la personas jurídicas podrían continuar relacionándose en papel con la Administración.

Por tanto, ante las dudas interpretativas planteadas y en aplicación del principio *pro actione*, criterio jurisprudencialmente admitido respecto al instituto de la responsabilidad patrimonial, nos lleva a evitar una aplicación rigurosa de la prescripción y examinar el fondo de la reclamación de la mercantil reclamante.

TERCERA.- Debemos partir de la consideración de que la responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Según estos preceptos, se reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP-PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo

actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En este caso, el presupuesto determinante de la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración consiste en la anulación parcial por la propia Administración de la Resolución de 3 de agosto de 2016 de la Dirección General de Salud Pública por la que se ordenaba el cierre del laboratorio.

Dicha exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su fundamento, pues, en el ya citado artículo 32.1 LRJSP, el cual, y en lo que aquí interesa, se expresa así:

“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”.

Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (vid. sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 31 de marzo de 2008), el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. En efecto, dice la misma sentencia, *“el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley”.*

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de junio de 2017, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998 y 1 de febrero de 2000, entre otras, señala que *“la mera anulación de actos o disposiciones de la administración no dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, pero sí existe ese derecho a la indemnización cuando un acto de la administración produce un perjuicio que el recurrente no está obligado a soportar, y, no es, por tanto, el aspecto objetivo del actuar antijurídico de la administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el aspecto objetivo de la ilegalidad del perjuicio que se materializa en la realidad de unos daños y perjuicios, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa”.*

CUARTA.- Trasladando esta doctrina al caso que nos ocupa, cabe decir que del análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, pero ha de partirse de la consideración de que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas, recae en quien la reclama, según la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recuerda que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas”* constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado *“que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

La entidad reclamante alega que el cierre del laboratorio le ha supuesto los siguientes daños:

- Daños emergentes: Reclama por los daños derivados de los costes de la rescisión de los contratos de los trabajadores con posterioridad al 26 de mayo de 2016, que cifra en 31.957,77 € más los derivados de la sentencia del Juzgado de lo Social de 24 de enero de 2018 a cuyo pago ha sido condenada (35.004,96 € por indemnización y 19.231,12 € de salarios de tramitación) y 50.000 € por daños morales

- Lucro cesante: 64.785 € por el lucro cesante estimado de cinco anualidades, atendiendo a las facturas cobradas desde mayo y hasta diciembre de 2016.

Comenzando por el lucro cesante, se reclaman por este concepto 64.785 €. Sobre el resarcimiento del lucro cesante mediante el instituto

de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo ha establecido los requisitos que, con carácter general, han de concurrir para poder apreciarlo (así en Sentencia de 9 de junio de 2015, recurso 2722/2013, entre otras muchas):

a) La prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros “*sueños de ganancias*”, como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986.

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.

c) Es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una acreditación rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

En el presente caso, la mercantil reclamante calcula el lucro cesante de las facturas emitidas entre mayo y diciembre de 2016, sin identificar la actividad (actividad de realización de ensayos de parámetros fisicoquímicos en alimentos –actividad para la que no estaba autorizado- y actividad de análisis microbiológicos en alimentos y fisicoquímicos en agua de consumo –actividad para la que estaría autorizado por silencio administrativo-) en que fueron emitidas. Solo estas últimas facturas podrían tenerse en cuenta para el cálculo del lucro cesante.

En relación con el daño emergente derivado de las indemnizaciones por despidos de trabajadores y sentencias, no consta acreditado en el expediente el pago efectivo de dichas cantidades por la reclamante.

Por lo que se refiere a los daños morales, el Tribunal Supremo considera que *“los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales”* (así Sentencia de 6 de abril de 2006) y que *“la situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia”,* constituyendo *“estados de ánimo permanentes de una cierta intensidad (...)”*. En la sentencia de 14 de marzo de 2007, se mantiene que *“a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración se incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave”*.

En el presente caso, nos encontramos con una persona jurídica por lo que no puede considerarse que presente un sufrimiento o padecimiento psíquico y, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional admite en su sentencia 79/2014 de 28 de mayo la posibilidad de que *“la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”,* esto no sucede en el presente caso en el que la entidad reclamante no ha aportado ninguna prueba que permita tener por acreditado la existencia de ese daño moral.

En cualquier caso, aunque pudiera considerarse acreditada la existencia del daño no se aprecia la existencia de nexo causal ni tampoco concurre la antijuridicidad del daño.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (recurso 658/2015): *“la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la*

indemnización, sin que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce”.

La empresa reclamante alega que el cierre económico de la empresa ha venido determinado por la actuación injusta de la Administración que ordenó el cierre del laboratorio el 3 de agosto de 2016, haciéndoles perder su reputación y prácticamente todo el fondo comercial y su correspondiente facturación.

Alegación que debe ser rechazada porque en la actuación de la Administración tiene incidencia muy importante la conducta del perjudicado, que sin autorización alguna de funcionamiento exigida por la normativa sanitaria, inició su actividad como quedó acreditado en el Acta de Inspección de 5 mayo de 2015 lo que motivó la incoación de un procedimiento sancionador. Asimismo y a pesar de haberle sido denegada expresamente la solicitud de autorización de inscripción en el Registro de Laboratorios que realizan controles analíticos de productos alimenticios para parámetros microbiológicos y residuos químicos en alimentos por falta de competencia técnica el día 4 de noviembre de 2015, consta en el Acta de Inspección levantada el día 7 de junio de 2016 la existencia de boletines analíticos de autocontrol de residuos químicos y microbiológicos en alimentos emitidos por la entidad reclamante pese a la medida de suspensión de actividad acordada por Resolución de 6 de julio de 2015 y la citada denegación expresa.

Estas conducta excluye la antijuridicidad del daño, toda vez que la entidad reclamante está obligada a soportar las medidas adoptadas por la Administración al haber iniciado su actividad sin haber obtenido la correspondiente autorización.

Por último, en relación con la actividad a la que, como consecuencia de la estimación del recurso de alzada sí puede considerarse que estaba autorizada la empresa reclamante desde el día 26 de mayo de 2016 por haberla obtenido la autorización por silencio

administrativo, resulta de aplicación al presente caso la doctrina del margen de tolerancia que examina el Dictamen 59/18, de 8 de febrero de esta Comisión Jurídica Asesora, que fue acogida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes 450/09, 237/10, 122/11, entre otros, y por esta Comisión en numerosas ocasiones, así los dictámenes 232/16, de 23 de junio, 292/17, de 13 de julio, 329/17, de 3 de agosto y 361/17, de 14 de septiembre, entre otros.

En palabras del Tribunal Supremo [sentencias de 27 de mayo de 2004 (recurso 556/2000), 24 de enero de 2006 (6/536/2002), 14 de febrero de 2006 (recurso 256/2002) y 31 enero 2008 (recurso 4065/2003)], *“siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio”*.

O como señala la sentencia de 14 julio de 2008 (recurso 289/07) *“si la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica enderezada a satisfacer los fines para los que le ha atribuido la potestad que ejercita no hay lugar a indemnización”*.

En el presente caso, que la empresa reclamante haya adquirido por silencio administrativo la autorización de inscripción en el Registro de Laboratorios relativa a la actividad de ensayos de microbiología en alimentos y de fisicoquímicos en agua de consumo no significa que la actuación de la Administración ordenando el cierre del laboratorio haya sido ilegal, pues no puede olvidarse que la empresa reclamante ha estado realizando una actividad de análisis químicos de alimentos sin autorización y pese a haberse acordado su suspensión. El incumplimiento constatado de la normativa sanitaria determina que la

reclamante tenga obligación de soportar el daño causado, sin que pueda considerarse, como afirma la reclamante en su escrito, que la Administración haya actuado en el cierre del laboratorio de manera injusta.

Así, debe tenerse en cuenta que en el procedimiento de autorización para inscripción en el Registro de Laboratorios relativa a la actividad de ensayos de microbiología en alimentos y de físicoquímicos en agua de consumo se emitieron informes desfavorables a esa autorización, habiéndose obtenido la autorización por la falta de resolución expresa del procedimiento en el plazo de seis meses. No puede considerarse injusta la medida cautelar de cierre de un laboratorio en materia tan delicada como la Sanidad Pública, cuando los informes en el procedimiento de autorización han sido desfavorables.

Sobre esta última cuestión, debería valorarse por la consejería de Sanidad la oportunidad de reformar el artículo 11 del Decreto 150/2001, que permite que el silencio en una actividad tan sensible como a la que nos estamos refiriendo, de análisis de control de alimentos bebidas, aguas de consumo y de productos relacionados con los mismos, que afecta a la Sanidad Pública, tenga efectos estimatorios.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, en todos los procedimientos en los que el órgano competente para resolver es la Consejería de Sanidad (apartado 7 del Anexo) el silencio tiene efecto desestimatorio con excepción de los procedimientos de reconocimiento del interés sanitario y/o social para actos de carácter científico en la Comunidad de Madrid; las autorizaciones de establecimientos de óptica y secciones de óptica en oficinas de farmacia y la autorización de cementerios, tanatorios y empresas funerarias. En cambio, tiene efectos desestimatorios en los procedimientos de acreditación de actividades y

centros de formación continuada de profesiones sanitarias (apartado 7.3 del Anexo); autorización y registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Comunidad de Madrid o en la autorización de veterinarios colaboradores para el control sanitario de carnes procedentes de matanzas domiciliarias de cerdos, cacerías y monterías, entre otros.

Si se considera que el procedimiento de autorización y registro de los laboratorios de la Comunidad de Madrid que realicen controles analíticos de productos alimenticios no está contemplado en ninguno de los procedimientos previstos en el apartado 7 de la Ley 1/2001, debería modificarse ésta para incluirse expresamente esta normativa.

Mientras no se produzca una modificación de los efectos del silencio en los procedimientos de autorización y registro de los laboratorios de la Comunidad de Madrid que realicen controles analíticos de productos alimenticios, la Consejería de Sanidad deberá extremar la diligencia en la tramitación de estos procedimientos para evitar, como ha sucedido en el presente caso, que un laboratorio que tenía informes desfavorables en el procedimiento de autorización, haya obtenido por silencio positivo dicha autorización por la falta de resolución en plazo del procedimiento.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la desestimación de la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada, al no concurrir la antijuridicidad del daño.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 28 de junio de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 295/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid