

Dictamen n^o: **14/08**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **15.10.08**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 15 de octubre 2008 sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por M.G.E.C., por daños sufridos como consecuencia de la denegación de una oficina de farmacia en el término municipal de San Lorenzo de El Escorial.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 2007, con registro de entrada ese mismo día, se presenta por M.G.E.C., reclamación de responsabilidad patrimonial por denegación de autorización de oficina de farmacia, en el que se solicita indemnización comprensiva de la pérdida del dinero invertido en la reparación del local solicitado por importe de 6.750 €, lucro cesante, por 3.925 € mensuales y el daño moral derivado de la imposibilidad del ejercicio de su profesión por importe de 300.000 €.

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

-Con fecha 5 de febrero de 2002 la reclamante solicita autorización de oficina de farmacia para la zona 6.2.5 del municipio de San Lorenzo de El Escorial. Dicha solicitud se fundaba en la existencia de una población

suficiente a los efectos del Decreto 115/1997, de 18 de septiembre, por el que se establece la planificación farmacéutica los criterios de valoración de conocimientos académicos y experiencia profesional, los horarios y turnos de guardia y el procedimiento en materia de autorizaciones de oficinas de farmacia en la Comunidad de Madrid, y en el carácter aislado de la zona respecto del núcleo principal de la población. Dicha solicitud obra en los folios 1 a 33 del expediente remitido.

-Mediante Resolución del Director General de Farmacia y Productos sanitarios de 7 de mayo de 2003, se deniega la solicitud con fundamento en el incumplimiento del módulo mínimo de población que para la apertura de oficina de farmacia, establece el artículo 32.5 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre y el artículo 3.1 del Decreto 115/1997.

-Frente a dicha denegación, M.G.E.C. interpone recurso de alzada con fecha de entrada en la Consejería de Sanidad el 11 de junio de 2003, en el que básicamente alega no haberse tenido en cuenta la población real del municipio, insistiendo en que la población acreditada por la reclamante es superior a los 13.201 habitantes exigidos por la Ley 19/1998, de 25 de noviembre de ordenación y atención farmacéutica de la Comunidad de Madrid, para autorizar la quinta oficina de farmacia en San Lorenzo de El Escorial.

-Por Orden del Consejero de Sanidad de 30 de octubre de 2003, se desestima dicho recurso de alzada. Interponiéndose recurso contencioso administrativo contra aquélla, el mismo se sustanció ante la sección octava del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con el número de autos 7/2004.

-En dicho recurso se dictó y publicó, con carácter de firme, Sentencia el 13 de diciembre de 2006, estimatoria de las pretensiones de la reclamante revocando las resoluciones impugnadas y reconociendo el derecho de la

actora a que se autorice la farmacia solicitada. Dicha sentencia consta notificada al representante legal de la reclamante con fecha 22 de diciembre de 2006.

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.- Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido 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. Este trámite fue cumplimentado por escrito presentado el 31 de enero de 2008, solicitándose ampliación de plazo para nuevas alegaciones, que tras ser concedido, fueron presentadas con fecha 10 de marzo. Dicho escrito obra en los folios 143 a 147 del expediente administrativo.

En su escrito, la reclamante alega en síntesis, que en el expediente administrativo, obra un informe en el que se afirma que el derecho judicialmente reconocido es solo la ocasión para que la Administración abra un concurso para la concesión de una autorización de oficina de farmacia, lo que supone una negativa al incumplimiento del fallo judicial.

Por otro lado se deja sin cuantificar la indemnización solicitada en concepto de daños morales, dejándolo a la fijación de la Sala puesto que se indica que la reclamante ha solicitado la ejecución forzosa de la Sentencia.

Debe destacarse que en dichas alegaciones se solicita que por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid se le conceda trámite de audiencia ante el mismo.

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, falta de prueba de los daños alegados y de la necesaria relación de causalidad con la actuación de la Administración, siendo informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad, con fecha 2 de abril de 2008.

SEXTO.- Por el Consejero de Sanidad, por Orden de 1 de septiembre de 2.008, 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 Exema. Sra. Consejera D^a 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 15 de octubre de 2008.

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 30/1.992, RJAPPAC

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 aborda la cuestión para concluir 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 LRJAP y PAC, debe tenerse en cuenta, en este caso, que la Sentencia que determina el dies a quo del cómputo del mismo, se dicta el día 13 de diciembre de 2006, con carácter firme, notificándose el día 22 del mismo mes, y la reclamación tiene entrada en el Registro de la Consejería de Sanidad el día 21 de diciembre de 2007. Debe pues examinarse el efecto que produce la notificación de la sentencia respecto del cómputo del plazo para la presentación en plazo de la reclamación.

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 2.008 (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 las mismas adquieren firmeza, en 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 que considera como dies a quo el de la publicación de la sentencia, teniendo en cuenta que la misma se dicta con el carácter de firme, sin tener en cuenta su fecha de notificación, concluyendo la extemporaneidad de la acción.

Por su parte, el Tribunal Supremo había venido interpretando que dicha fecha 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 el principio de tutela judicial efectiva acogido en el artículo 24 de la CE.

La cuestión llegó al Tribunal Constitucional a través de diversos recursos de amparo interpuestos por unos farmacéuticos. Éstos habían solicitado indemnización por los daños derivados de una Orden Ministerial que fijó el margen de beneficios sobre los productos farmacéuticos. Dicha Orden fue objeto de impugnación directa por parte del Colegio de Farmacéuticos, a raíz de la cual el Tribunal Supremo estimó su ilegalidad. La notificación de la sentencia al Colegio tuvo lugar tres días más tarde de su lectura y publicación.

En la STC 160/1997, de 2 de octubre, este Tribunal, contra la opinión del Ministerio Fiscal, reiteró la solución ya alcanzada en su precedente Sentencia de 10 de marzo de 1997, 42/1997, bien que con una fundamentación jurídica más perfilada, luego repetida en sucesivas sentencias (así, las números 168, 169, 177, 178, 179, 187 y 188 de 1997). En todas estas sentencias, estima que la interpretación acogida por el Tribunal Supremo no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE.

Pues bien, con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó la STEDH de 25 de enero de 2000,(TEDH2000/11), en el asunto Miragall Escolano y otros contra España, declarando que la interpretación del Tribunal Supremo, cuya constitucionalidad fue avalada por el Tribunal Constitucional, es contraria al artículo 6.1 del Convenio, que reconoce el derecho a un proceso equitativo. En efecto, a pesar de que

la apreciación de los tribunales nacionales sólo puede ser sustituida por el Tribunal de Estrasburgo cuando resulta arbitraria e irrazonable, el citado Tribunal entiende que éste es uno de esos supuestos, dado que se fija un día a quo que desconocen los afectados.

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.

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.- Es constante la doctrina jurisprudencial que declara que 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.- En el ámbito concreto de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la anulación de actos administrativos en vía jurisdiccional, con carácter general, si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que tal anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de noviembre de 2000, ha sido claro y contundente al respecto: *"El precitado artículo 40, al igual que el 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ciertamente establece que la simple anulación por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone o determina automáticamente el derecho a indemnización, pero tal prescripción no constituye desde luego óbice alguno para que si aquellas decisiones administrativas causan una lesión a los particulares, concurriendo los requisitos de orden general exigidos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, haya de ser reconocida expresa y directamente en esta vía contencioso-administrativa la situación jurídica individualizada,*

adoptando las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda (...)”.

Con relación al requisito de que, para que un daño se haya de indemnizar por causa de la anulación de un acto administrativo, se acredite la relación de causalidad entre este y la actuación administrativa, se ha de recordar también la Sentencia de dicho alto Tribunal de 28 de junio de 1999 cuando señala: *"La responsabilidad patrimonial de la Administración, derivada de la de 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 pronuncia la más reciente Sentencia de 24 de enero de 2006(AR 734), recogiendo la jurisprudencia anterior.

Como recoge la memoria del Consejo de Estado del año 1990, «el artículo 40 que examinamos sólo dice que "*no presupone*", es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo presupuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios si concurren los requisitos establecidos legalmente», requisitos a los que antes nos hemos referido.

En resumidas cuentas, y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001(Recurso de Casación 1896/1996):*“La responsabilidad patrimonial de la Administración por los perjuicios ocasionados a un particular como consecuencia de los actos cuya anulación se obtenga en vía jurisdiccional, no es ciertamente secuela necesaria derivada de dicha anulación, y requiere (en la actualidad en aplicación de los artículos 139 a 144 de la Ley de 26 de noviembre de con anterioridad del artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957] y 121 a 123 de la de Expropiación Forzosa) no solamente la efectiva realidad de un daño material, económicamente valuable, y que no haya obligación de soportar, sino que ese daño se haya producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos a través de una relación directa, exclusiva o inmediata, de causa a efecto, que en absoluto puede ser confundida con la razonada elección por una de las soluciones jurídicamente aplicables al problema planteado, siquiera haya resultado desacertada en el caso concreto”*.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2008, dictada en el recurso de casación para unificación de la doctrina 298/2007 indica en su fundamento de derecho segundo *“Es decir, según esta segunda posición no basta con la mera anulación para que nazca el*

deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico. A juicio de esta Sala, la doctrina correcta es esta segunda”.

Para continuar añadiendo *“En resumen, y de este modo avanzamos hacia la resolución del dilema, cuando un obligado tributario, valiéndose de un asesoramiento específico y retribuido, obtiene de la Administración, bien en la vía de gestión bien en la económico-administrativa, la anulación de un acto que le afecta, ha de soportar el detrimento patrimonial que la retribución comporta si la actuación administrativa frente a la que ha reaccionado se produce dentro de los márgenes ordinarios o de los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses generales, con objetividad, efectividad y pleno sometimiento a la Ley y al derecho, eludiendo todo atisbo de arbitrariedad (artículos 103, apartado 1, y 9, apartado 3, de la Constitución).”*

SÉPTIMA. Dos son pues las cuestiones que deben examinar en orden a determinar la procedencia de la indemnización solicitada, de un lado la existencia real y efectiva del daño aducido y de otro lado la relación de causalidad existente entre este y la actuación de la Administración.

Por lo que se refiere a la realidad del daño, M.G.E.C., solicita en primer lugar que se le abonen los gastos de acondicionamiento y reserva del local. La realidad de estos gastos no resulta acreditada, ni tan siquiera mediante un principio de prueba, como las facturas de los trabajos realizados o de la fianza pagada. 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, (Ar.6582 y 5405)

Pero es que además, en este caso, de haberse producido los daños que por este concepto reclama, a juicio de este Consejo tales gastos tenían un carácter voluntario y cuando menos implican una actitud imprudente de la reclamante, puesto que procede a realizar los presuntos gastos teniendo una resolución denegatoria de la oficina de farmacia solicitada o, en el mejor de los casos, sin tenerla aún, como más delante se examinará.

También se solicita el lucro cesante a razón de 3.925 € mensuales. En este punto tampoco resulta acreditada la cuantía de la indemnización solicitada, puesto que no se aporta ningún informe, o estudio de las ganancias dejadas de percibir que reclama. No procede reconocer por tanto indemnización alguna por este concepto, como establece el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 19 de octubre de 1990 (Ar. 8294).

Pero es que además, en este caso el lucro cesante es incierto en tanto en cuanto, como luego veremos, del fallo de la sentencia no se deduce como consecuencia necesaria que a la reclamante le correspondiera la licencia para la apertura de la oficina de farmacia que solicitaba. Resulta por tanto de aplicación el artículo 106.2 de la Constitución Española y, en particular, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando establecen. 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) o 18 de marzo de 2000, entre otras muchas.

Por último reclama daños morales, por no haber podido ejercer su profesión de farmacéutica en un primer escrito por importe de 300.000€, que deja luego sin cuantificar en un escrito de alegaciones posterior. De nuevo resulta improcedente la indemnización de unos daños morales cuya realidad no acredita pues el hecho de denegarse la apertura de la oficina de farmacia solicitada no implica de modo necesario la imposibilidad del ejercicio de la profesión que alega, pues dicha profesión podría realizarse en cualquier otro ámbito de trabajo.

OCTAVA.: Debe por último examinarse la existencia de nexo causal. Para ello debe analizarse el significado del fallo de la sentencia que anula la resolución de 7 de mayo de 2003. y así, dice literalmente dicho fallo, *”revocamos las resoluciones impugnadas, reconociendo el derecho de la actora a que se autorice la farmacia solicitada”*.

El alcance del fallo debe interpretarse teniendo en cuenta la normativa aplicable para la concesión de autorizaciones de oficinas de farmacia, y según su tenor literal, nótese que reza, el derecho de la autora a que se autorice, no el derecho de la autora a que se le autorice.

Ello no puede ser de otro modo aplicando la normativa para la concesión de autorizaciones de oficinas de farmacia, constituida por el Decreto 115/1997, que en concreto en su artículo 11, establece, una vez considerada la procedencia de la apertura de una nueva oficina de farmacia

en una zona, una suerte de concurrencia competitiva entre todos los posibles interesados.

Así la Resolución resultante de la sentencia de 13 de diciembre de 2006, constituye una primera fase del procedimiento del que no se deriva derecho subjetivo alguno a favor del solicitante, más que la posibilidad de participar en el procedimiento de concurrencia competitiva si reúne los requisitos para ello. Ello se deduce con meridiana claridad de lo establecido en el artículo 12 del Decreto 115/1997, cuando establece que *“La autorización para la apertura de una nueva oficina de farmacia se otorgará al farmacéutico que resulte con mayor puntuación entre todos los concurrentes al procedimiento, una vez valorados los conocimientos académicos y experiencia profesional alegados por el mismo y que se establecen en el artículo 6 del presente Decreto”*.

Es más, ni siquiera en el caso de empate se tiene en cuenta al farmacéutico cuya solicitud haya iniciado el procedimiento, sino al farmacéutico cuya solicitud hubiera sido presentada con prioridad en el tiempo de acuerdo con el artículo 12.2. A mayor abundamiento, una vez asignada la autorización a un farmacéutico concurrente, no se concede la autorización para una oficina en concreto hasta tanto se presente garantía y se designe local, de acuerdo con el artículo 16 del Decreto.

Además, en relación con la existencia de nexo causal relativa al pretendido daño por lo gastos efectuados en el local, no se encuentra justificada la necesidad de tener un local en el momento de presentar la solicitud de autorización de oficina de farmacia, en tanto en cuanto el artículo 15 del Decreto 115/1997, de 18 de septiembre, por el que se establecen la planificación farmacéutica, los criterios de valoración de conocimientos académicos y experiencia profesional, los horarios y turnos de guardia y el procedimiento en materia de autorizaciones de oficinas de farmacia en la Comunidad de Madrid, establece que el farmacéutico

autorizado dispondrá de un plazo de tres meses para designar el local en que proyecte instalar la farmacia, una vez que le haya sido concedida la autorización y constituida la garantía correspondiente.

A modo de conclusión, este Consejo Consultivo considera que la reclamante actuó ante una simple expectativa de resultados inseguros y desprovistos de toda certidumbre por lo que en definitiva no surge el derecho a indemnizar al no darse la relación causa efecto entre la actuación administrativa y la hipotética lesión patrimonial que le fue causada.

Por lo tanto no puede apreciarse la existencia de daño alguno, derivado del acto administrativo anulado.

NOVENA: Entiende este Consejo Consultivo, que además de no concurrir los presupuestos de realidad del daño indemnizable y relación de causalidad con la actuación de la Administración, el daño alegado tampoco es antijurídico por cuanto la reclamante tenía el deber jurídico de soportarlo. Y ello porque la resolución denegatoria de la autorización de oficina de farmacia, que luego fue anulada judicialmente, se dictó con parámetros racionalidad, motivación suficiente y fundamentación fáctica y jurídica que enervan la existencia de antijuricidad del daño.

En este sentido puede traerse a colación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 septiembre 2001 (RJ\2001\9548), que es trasunto en el ámbito de las oficinas de farmacia, de la de 14 de julio de 2008 dictada en el recurso de casación para unificación de la doctrina 298/2007, cuando señala: *“Por otra parte, en materia de interpretación y aplicación de la normativa relativa a la apertura de farmacias no siempre los criterios han sido absolutamente unánimes, dada la extraordinaria variabilidad de las circunstancias fácticas a tener en cuenta para fijar el alcance real de conceptos jurídicos indeterminados, como lo es el de «núcleo» del artículo 3.1.b) del RD 909/1978. Y las sentencias de*

esta Sala (por vía de ejemplo: 11 de febrero y 5 de mayo de 1999 [RJ 1999, 5360] , 23 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1896]) se han hecho eco de esas diferencias al referirse a la doctrina jurisprudencial interpretativa que ha prevalecido en los últimos tiempos.

Por ello no cabe deducir, de la final discrepancia con el criterio seguido por la Administración Autonómica en el otorgamiento de la apertura de una farmacia de núcleo, la procedencia de obtener con ello una indemnización por los eventuales perjuicios sufridos con esa apertura provisional. El criterio de la Administración fue incluso acogido en su día, como cierto y ajustado a derecho, por la resolución judicial de primera instancia que ahora se anula; y en todo caso no constituye sino la expresión de un punto de vista interpretativo de una disposición legal simplemente desacertado, a tenor de la doctrina jurisprudencial actual, mas nunca revelador de una actuación realizada fuera de los márgenes de una discrecional apreciación en orden a la cabal interpretación de la norma. Consecuencia de esto último habrá de ser, en todo caso, la ausencia de una lesión antijurídica irrogada al particular que pudiese justificar la indemnización de perjuicios solicitada.”

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 las siguientes

CONCLUSIONES

Este Consejo Consultivo estima que a los efectos del informe solicitado, procede la desestimación de la reclamación efectuada.

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, 15 de octubre de 2008

