



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 212/2007

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de mayo de 2007.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización, formulada por J.J.D.M., O.D.D., M.H.L., C.F.M., en nombre propio y en representación de la Asociación Coordinadora de Minusválidos Físicos de Canarias, por daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de las facultades inspectoras por la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de la Salud (EXP. 151/2007 ID)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de la Salud por el incumplimiento de su facultad inspectora en relación con la aplicación del art. 38, en relación con la disposición transitoria séptima, de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias relativa a la supresión de las barreras arquitectónicas de los locales destinados a oficinas de farmacia.

2. La solicitud del Dictamen es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Estando legitimada para solicitarla la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. Los reclamantes manifiestan que el art. 38.a) de la Ley territorial 4/2005 determina que los Locales destinados a oficinas de farmacia cumplirán con los

---

\* PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.

requisitos de "acceso libre, directo y permanente desde una vía o plaza pública a la zona de dispensación y sin barreras arquitectónicas, incluidos los de las farmacias instaladas en centros comerciales o, en su caso, desde zona de uso público para las instalaciones terminales de puertos y aeropuertos". Lo que debe ponerse en relación con la disposición transitoria séptima de la misma Ley, en la que se dispone que "en el plazo de seis meses los servicios farmacéuticos regulados en la presente Ley, deberán adaptarse al contenido de la misma", entendiendo ambos a la luz de la Exposición de Motivos de la propia Ley.

4. Los reclamantes albergaron la esperanza de que transcurrido el periodo de seis meses referido, todos los establecimientos sanitarios a los que se refiere la Ley serían adaptados, suprimiéndose las barreras arquitectónicas, que en su caso limitan o impiden a las personas con movilidad reducida el acceso a la zona de atención al público.

5. Por ello, el 13 de septiembre de 2005, pasados veinticinco días desde la publicación de la Ley, presentaron una petición, en el ejercicio del derecho fundamental de petición constitucionalmente previsto, ante la Dirección General de Farmacia, solicitando la aplicación de la normativa referida por parte de todas las oficinas y establecimientos farmacéuticos de Canarias; sin embargo, tras varias reiteraciones de su petición, se les contestó, el 13 de diciembre de 2005, que en virtud de la normativa vigente sólo habrán de carecer de barreras arquitectónicas las oficinas de farmacia y botiquines que sean de nueva creación o que sean objeto de traslado.

6. Como consecuencia de la inaplicación de la normativa vigente, se les ha causado un daño moral, puesto que se les impide el ejercicio de su derecho constitucional al acceso al servicio público asistencial, reclamando por ello una indemnización de 300.000 euros.

7. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como 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 (RPRP), siendo una materia no desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

## II

### 1 a 11<sup>1</sup>

12. Por otra parte, en cuanto a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, regulados en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado en los arts. 139 y siguientes LRJAP-PAC, se observa lo siguiente:

- Los afectados son titulares de un interés legítimo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 LRJAP-PAC, puesto que alegan haber sufrido un daño moral derivado del funcionamiento de la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de la Salud. Por lo tanto, tienen legitimación activa, pudiendo iniciar el procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 142.1 LRJAP-PAC.

- La competencia para tramitar y resolver la reclamación corresponde a la Dirección General de Farmacia del Servicio Canario de la Salud, por ser la titular de la gestión del servicio.

- En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto en el art. 142.5 LRJAP-PAC.

- El daño por el que se reclama es presuntamente efectivo, evaluable económicamente e individualizado en un grupo de personas, de acuerdo con lo prescrito en el art. 139.2 LRJAP-PAC.

## III

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es de carácter desestimatorio, pues se considera que la normativa aplicable no impone de modo alguno la obligación de eliminar las barreras arquitectónicas a las oficinas de farmacia existentes, sino sólo a las que obtengan autorización para su instalación o para su cambio de ubicación, siempre y cuando ambos se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2005, siendo errónea la interpretación de los afectados de la normativa aplicable.

2. Los interesados alegan que el hecho de que la Dirección General de Farmacia no haya ejercitado sus facultades inspectoras, exigiendo a las oficinas de farmacia y establecimientos farmacéuticos la supresión de las barreras arquitectónicas, les supone la imposibilidad de acceder a la zona de atención al público de éstas, con lo

---

<sup>1</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

que por un lado se limita el ejercicio del derecho al servicio público asistencial y por otro lado se limita y se restringe su derecho a la igualdad de oportunidades, regulado en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades.

3. El Tribunal Supremo en su reiterada y constante Jurisprudencia, seguida por este Organismo, referida a la institución de la responsabilidad patrimonial, ha exigido, interpretando la normativa constitucional y legal reguladora de la materia, que para poder imputar a la Administración la posible responsabilidad patrimonial dimanante de sus actuaciones, son necesarios los siguientes requisitos:

A). La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, es decir, real, no potencial, comprobable, no hipotético.

B). Que el daño 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 puedan influir, alterándolo, el nexo causal.

C). Ausencia de fuerza mayor.

D). Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

4. En este supuesto, se alega por los afectados que el no poder acceder a las zonas abiertas al público de las oficinas y establecimientos farmacéuticos limita sus derechos, provocándoles un daño moral.

5. Sin necesidad de entrar en la interpretación de la normativa aplicable y centrándonos en la concurrencia de los requisitos necesarios para poderle imputar a la Administración una responsabilidad patrimonial, se constata que en este supuesto no concurre un daño real, efectivo y evaluable económicamente, tal como exige el art. 139.2 LRJAP-PAC.

Ello es así puesto que, independientemente de la existencia o no de una obligación por parte de la Administración de requerir a las oficinas y establecimientos farmacéuticos la eliminación de las barreras arquitectónicas de todos los establecimientos de Canarias, la existencia de las mismas, si bien constituyen una incomodidad para quienes sufren una disminución de sus capacidades físicas, no suponen la limitación de su derechos ni implican la concurrencia de un daño moral para ellos, siendo la no concurrencia de un daño patrimonial más que evidente.

6. El Tribunal Supremo considera en su Doctrina reiterada, como lo hace en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de dicho órgano jurisdiccional, de 6 de abril de 2006 (RJ 2006/1772), que “los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales” y continúa afirmando que, a la hora de entender una lesión de un derecho inmaterial como daño moral, “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 del propio Tribunal Supremo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 14 de marzo de 2007, (JUR 2007/93370), se afirma que “(...) a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración 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”.

Además, estos perjuicios han de estar conectados con una actuación activa u omisiva de la Administración, generalmente derivada de una decisión errónea, pero no necesariamente.

7. El hecho de que una persona con disminución física no pueda acceder a la zona de la farmacia habilitada al acceso público no implica de ningún modo que no tenga acceso al servicio que prestan las mismas o que se le preste de forma inadecuada. Aunque ello le causa, como antes hacíamos mención, un malestar, una incomodidad o incluso una molestia, que se debe paliar, no se acredita de forma alguna que en este caso concreto, hayan sufrido un daño moral unas personas concretas y determinadas que, además, se haya traducido en una grave situación psicofísica, como exige el Tribunal Supremo.

Dicho Tribunal, exige la prueba del daño moral del mismo modo que el daño patrimonial; así, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de marzo de 2007 (JUR 2007/104303), se afirma que “el actor en su demanda solicita igualmente que se le indemnice por los daños morales que entiende que se le han causado (...). Dicha pretensión debe ser desestimada, pues más allá de tal alegación en abstracto, el recurrente no acredita en modo alguno la realidad y alcance de unos supuestos daños morales, que se le habrían ocasionado, pero como hemos dicho se limita a alegar sin prueba alguna (...)”.

8. En consecuencia, no se ha acreditado por los interesados que de la no exigencia por parte de la Administración a los establecimientos farmacéuticos de eliminar las barreras arquitectónicas, independientemente de que esta omisión sea o no conforme a Derecho (cuestión en la que no cabe entrar en este procedimiento), se haya derivado daño moral alguno a los mismos, en el entendimiento del mismo expuesto antes y de su necesaria conexión con una actuación, aquí supuestamente omisiva, de la Administración. Por tanto, por aquélla no cabe imputar causa alguna de daño a ésta y, por ende, no es exigible responsabilidad patrimonial a la Administración autonómica en este supuesto.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de carácter desestimatorio, es conforme a Derecho en base a las razones expuestas.