

Id Cendoj: 28079130022008200007  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 2  
Nº de Recurso: 1614/1991  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: JUAN GONZALO MARTINEZ MICO  
Tipo de Resolución: Auto

#### Resumen:

Ejecución de sentencia dictada en incidente de indemnización de daños y perjuicios por suspensión de la ejecución de sentencia dictada por esta Sala acordando la clausura de oficina de farmacia. Evaluación del daño. Indemnización: cálculo: lucro cesante, criterios de cálculo: requisitos.

### **AUTO**

En la Villa de Madrid, a nueve de Enero de dos mil ocho.

### **HECHOS**

PRIMERO.- En el incidente de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la suspensión de la ejecución de la sentencia firme dictada con fecha 3 de junio de 1991 por la Sección Cuarta de esta Sala en el recurso de apelación num. 2425/1989, --suspensión acordada por esta Sala en el recurso de revisión 1614/1991--, esta Sala y Sección dictó sentencia con fecha 4 de diciembre de 1999 cuya parte dispositiva ea del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que estimando la demanda incidental interpuesta por la representación procesal de D. Jesús se condena a D<sup>a</sup>. Emilia a pagar la cantidad que se fije en ejecución de esta Sentencia en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la suspensión de la Sentencia dictada por esta Sala, objeto del desestimado recurso de revisión, que se determinará con arreglo a los criterios establecidos en el cuarto fundamento de derecho de esta resolución, sin costas".

SEGUNDO.- Con fecha 31 de julio de 2003 la representación procesal de D. Jesús presenta escrito por el que promueve incidente de ejecución de sentencia, en el cual, ciñéndose a las bases o criterios sentados en la sentencia de 4 de diciembre de 1999 para la fijación de la cuantía indemnizatoria, aborda, en primer lugar, el problema del periodo temporal a que ha de extenderse la compensación para, a continuación, ocuparse de la modulación del importe de la indemnización.

El tiempo a que ha de extenderse la compensación abarca desde el 26 de junio de 1991, fecha de notificación de la sentencia dictada en apelación por esta Sala el 3 de junio de 1991 ("dies a quo") hasta el 11 de agosto de 1997, fecha del efectivo cierre de la oficina de farmacia de la Sra. Emilia ; o sea, un total de 2.238 días.

En cuanto a los módulos de valoración, el Sr. Jesús se refiere, primeramente, a las ventas de la farmacia de la Sra. Emilia a las entidades componentes de la Seguridad Social e instituciones equivalentes, como la Mutualidad de Funcionarios Civiles, el Instituto Social de la Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial. La cifra de facturación a Organismos Oficiales, debidamente corregida según los días efectivamente transcurridos desde la notificación de la sentencia de cierre de la oficina de farmacia hasta el cierre efectivo de la misma, se eleva a 460.898.330 ptas.

A esa cantidad añade la venta libre, que estima en un 32,4334 de la cifra de facturación a la Seguridad Social. Obtiene así una venta libre estimada de 149.484.998 ptas. que sumada a los 460.898.330 de facturación a la Seguridad Social da una venta total en el período indicado de 610.383.328 ptas.

Aplicando a esa cifra global de facturación obtenida el 29,735% de margen proporcional corregido (en función del tiempo en que estuvo vigente el margen profesional de 29,9%, entre el 3 de junio de 1991 y el 8 de febrero de 1997, y el 27,9, a partir del día 9 de febrero de 1997 hasta el cierre de la farmacia), resulta

que los beneficios que obtuvo la Sra. Emilia durante el lapso temporal de referencia fueron de 181.497.482 ptas. Como quiera que eran dos las farmacias establecidas en Andorra, que fueron las perjudicadas por el "lucrum cesans" derivado de la cifra de operaciones dejadas de realizar, el Sr. Jesús entiende que la Sra. Emilia debe abonarle 90.748.741 (545.410,92 €) más los intereses de demora desde la fecha de presentación de la demanda incidental de daños y perjuicios donde se solicitaba la indemnización, lo que tuvo lugar el 24 de junio de 1997.

TERCERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2005 se dictó providencia pro la que se daba traslado a la representación procesal de D<sup>a</sup> Emilia del escrito presentado por D. Jesús para que en el plazo de diez días formulase las alegaciones que estimase convenientes. Y que fueron presentadas el 22 de diciembre de 2005 con el resultado que consta en autos.

Sostiene la Sra. Emilia que del importe de la facturación a la Seguridad Social ha de deducirse el importe de las recetas oficiales de personas ajenas al municipio de Andorra; que no puede afirmarse que el 50% del total de la facturación de recetas de la Sra. Emilia coincida con la cifra de operaciones dejadas de realizar por la oficina de farmacia del Sr. Jesús porque las ventas de cada farmacia dependen de muchas variables; que la aportación al INSALUD desde junio de 1994 a diciembre de 1996 es una aportación forzosa que hay que descontarla de los beneficios derivados de la aplicación de los márgenes legales de las especialidades farmacéuticas a la facturación bruta: que los márgenes de beneficios de las oficinas de farmacia deben calcularse sobre el PVP sin impuestos; que la determinación porcentual apriorística de las ventas libres en el 32'4334% de la facturación a la Seguridad Social no puede ser admitida y que el Sr. Jesús no ha acreditado la disminución del beneficio de su oficina de farmacia como consecuencia de la suspensión de la ejecución de la sentencia de 3 de junio de 1991 .

CUARTO.- Por Auto de 18 de julio de 2006 se recibió el incidente a prueba, habiendo propuesto las partes las que estimaron conducentes a su derecho.

QUINTO.- Por providencia de 2 de julio de 2007, y a la vista de lo solicitado por la parte recurrente, se acuerda convocar a las partes a comparecencia, que, finalmente, fue fijada para el día 11 de octubre de 2007.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D Juan Gonzalo Martínez Micó

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La cuestión que en este incidente de ejecución de sentencia se plantea se circunscribe a la determinación de los daños y perjuicios que el promotor del incidente --D. Jesús -- pudo sufrir como consecuencia de la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada en apelación por esta Sala, Sección cuarta, con fecha 3 de junio de 1991 , que había estimado el recurso formulado contra la sentencia de la Sala de esta Jurisdicción de Zaragoza, de 17 de noviembre de 1989 , y revocado el acuerdo de la Diputación General de Aragón concediendo la apertura de una nueva oficina de farmacia en Andorra a D<sup>a</sup> Emilia .

Por consiguiente, tales daños sólo pueden ser los que hubiera podido derivarse de dicha suspensión de ejecución de sentencia, o sea, los que se pudieran haber irrogado a los Farmacéuticos titulares de las dos oficinas de farmacia abiertas en Andorra hasta que fuera autorizada, en su caso, la apertura de la concedida a la referida Sra. Emilia , por razón del funcionamiento de esta última, entre el día 26 de junio de 1991, en el que le fue notificada a la Sra. Emilia la sentencia de 3 de junio de 1991 de esta Sala , que suponía la declaración de que su situación era contraria a Derecho y debía ser corregida, (no obstante lo cual se mantuvo abierta al haberse suspendido por esta misma Sala la ejecución del fallo a instancia de la Sra. Emilia con ocasión del recurso extraordinario de revisión que interpuso, prestándose la correspondiente fianza), y el 11 de agosto de 1997, en que, desestimado el recurso de revisión planteado, fue efectivamente clausurada la oficina de farmacia.

SEGUNDO.- Parece obligado admitir que el funcionamiento de la nueva farmacia durante el periodo a que afectó la repetida suspensión de la sentencia y que ha sido puntualmente determinado con referencia a fechas concretas, había de originar perjuicios al promotor del incidente en razón, precisamente, de la alteración de su situación de titular de una de las dos oficinas de farmacia; la irrupción de una tercera farmacia hubo de suponerle una minoración de las ventas y con ella una pérdida de beneficios al tener que repartir entre más ofertantes el servicio dispensador de medicamentos en una misma localidad.

El daño producido por el funcionamiento de la oficina de farmacia de la Sra. Emilia durante el periodo

antes delimitado resulta imposible de desconocer si se tiene presente que deriva del propio régimen de funcionamiento de las oficinas de farmacia, sujeto --como dice la sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 1999 -- a fuertes restricciones limitativas de la competencia en el sector, puesto que como se ha indicado, siempre que haya de repartirse entre un mayor número de ofertantes el servicio dispensador de medicamentos, se originará un lucro cesante para quienes en menor número lo detentaron con anterioridad, sobre todo si se trata de una pequeña población, como en este caso, en que la demanda es rígida.

TERCERO.- Afirmado el daño que el mantenimiento de la apertura de la farmacia de la Sra. Emilia durante el periodo de suspensión de la ejecución de sentencia de 3 de junio de 1991 haya podido ocasionar a D. Jesús , ha de procederse a la cuantificación de los perjuicios sufridos para obtener así la correlativa indemnización.

Los criterios para la fijación de la cuantía indemnizatoria son, para la sentencia de 4 de diciembre de 1999 dictada en el incidente de daños y perjuicios derivados de la suspensión de la ejecución de la sentencia de 3 de junio de 1991 , fundamentalmente dos: A) El periodo de tiempo a que ha de extenderse la indemnización y B) La valoración de su importe.

A) Por lo que se refiere al componente cronológico o periodo de tiempo que debe abarcar la indemnización de daños y perjuicios, el hito inicial para el cómputo de tal periodo ("dies a quo") no puede ser otro que el de la notificación de la sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1991 que suponía la declaración de que el mantenimiento de la farmacia era contraria a Derecho y debía ser clausurada, notificación que tuvo lugar el 26 de junio de 1991 .

El hito final ("dies ad quem") ha de situarse en el efectivo cierre de la farmacia que tuvo lugar el 11 de agosto de 1997.

En definitiva, el elemento temporal del derecho **a la indemnización comprende 2.238 días** .

B) Por lo que respecta a los módulos de valoración, han de referirse a la cifra de operaciones dejadas de realizar, ponderadas económicamente y moderadas con criterios de equidad, partiendo de las cifras de dispensación de medicamentos, del número de farmacias y de la razonable probabilidad del beneficio dejado de percibir por la oficina de farmacia perteneciente al Farmaceutico solicitante de la ejecución; la sentencia de 4 de diciembre de 1999 , cuyos criterios han de ser seguidos aquí fielmente en la ejecución de la meritada sentencia, se remite, a su vez, a los criterios establecidos en la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1990 en relación con una indemnización similar.

La lesión patrimonial padecida durante el periodo de tiempo indicado se produjo en dos sectores de la actividad de las oficinas de farmacia, conceptualmente idénticos pero que ofrecen una muy distinta fisonomía a la hora de evaluar los perjuicios:

1º) El primero de los dos sectores antes mencionados corresponde las ventas de medicamentos a las entidades componentes de la Seguridad Social, cuyo suministro se rige por un convenio entre el Instituto Nacional de la Salud y el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, en cumplimiento del *art. 107 del Texto Refundido de la Ley* respectiva. El mismo sistema rige para la Mutualidad General Judicial, para la de Funcionarios Civiles del Estado y para el Instituto Social de las Fuerzas Armadas así como para otras Corporaciones e instituciones. En su virtud, todas las facturaciones de los correspondientes suministros se canalizan a través de los Colegios Oficiales de cada provincia y, por tanto, el importe global de cada una de ellas puede conocerse con absoluta exactitud.

Consta en el certificado del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Teruel que obra unido a los autos, cuya fuerza convincente es plena por su calificación de público ya que está expedido por una Corporación profesional de tal naturaleza en el ejercicio de sus funciones, que las ventas de la oficina de farmacia de la Sra. Emilia a la Seguridad Social, MUFACE e ISFAS, desde junio de 1991 a agosto de 1997, ascendieron a 466.252.833 ptas., descontadas las aportaciones del usuario (que, en realidad, no se deberían haber descontado porque se quedó con ellas la Sra. Emilia ) y la colaboración especial al INSALUD en el periodo en que estuvo vigente (junio de 1994 a diciembre de 1996). Corrigiendo esa cifra de facturación, que comprendía el mes de junio completo, en función de los días que realmente comprende el periodo indemnizatorio abarcado (2.238 días, como se indicó más arriba), las ventas de la farmacia de la Sra. Emilia a las entidades componentes de la Seguridad Social se estiman en 460.898.330 ptas.

2º) El otro sector comprende la venta o dispensación de medicamentos a los demás clientes no pertenecientes a la Seguridad Social o que por cualquier motivo no utilizan el cauce de ésta para adquirir

productos farmacéuticos.

Ahora bien, en la facturación al sector privado hemos de aplicar, porque así lo quiere la sentencia de 4 de diciembre de 1999 que ejecutamos, el tipo porcentual del 32,4334% que la sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 1990 --idéntica a la de 17 de octubre de 1990 a la que se remitía la de 4 de diciembre de 1999-- quiere que se aplique sobre el volumen de ventas al sector público (460.898.330 ptas.). Tendríamos así una venta libre del sector privado estimada en 149.484.998 ptas., que debe sumarse a la facturación real efectuada al sector público durante el periodo de constante referencia (460.898.330 ptas.), lo que nos daría una venta total de 610.383.328 ptas.

No se incluyen los perjuicios por razón de una hipotética venta de productos parafarmacéuticos, que gozan de un margen comercial mayor. Pero como no hay en los autos algún principio de prueba que soporte la venta y porcentaje de beneficios, no es posible entrar a calcular los perjuicios por su ventas.

CUARTO.- El perjuicio económico sufrido por el titular de la oficina de farmacia que solicita la ejecución de la sentencia de 4 de diciembre de 1999 puede obtenerse con facilidad y exactitud aplicando a las cantidades facturadas a las entidades componentes de la Seguridad Social y al sector privado por venta libre de medicamentos en el periodo más arriba indicado el margen comercial de las oficinas de farmacia que consta en la certificación expedida por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Provincia de Teruel de fecha 21 de mayo de 1999. La misma refleja, en su apartado segundo, que "el margen de beneficio de las especialidades farmacéuticas desde el 3 de junio de 1991 al 8 de febrero de 1997 era del 29'9 sobre PVP sin impuestos, y a partir del 9 de febrero de 1997 a la fecha de cierre (el 11 de agosto de 1997) de la farmacia de D<sup>a</sup> Emilia era del 27'9% sobre PVP sin impuestos".

Aplicando los márgenes comerciales anteriores a los días transcurridos desde la notificación de la sentencia de 3 de junio de 1991 (26 de junio de 1991 ) hasta el efectivo cierre de la farmacia (el 11 de agosto de 1997, según se ha dicho) tenemos: Días transcurridos desde el 26 de junio de 1991 al 8 de febrero de 1997, 2054 días al 29'9; días transcurridos desde el 9 de febrero de 1997 al 11 de agosto de 1997, 184 días al 27'9%. Se obtiene así un margen proporcional corregido del 29'735%. Y aplicando ese margen proporcional corregido al importe total de las cantidades facturadas (610.383.328 ptas.), la cuantificación de los perjuicios obtenidos por las dos farmacias existentes en Andorra como consecuencia de haberse mantenido abierta la farmacia de la Sra. Emilia durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 1991 y el 11 de agosto de 1997 puede concretarse en 181.497.482 ptas.

Aunque había una segunda oficina de farmacia abierta en Andorra --la que figuraba abierta a nombre de D<sup>a</sup> Erica --, como quiera que la sentencia de 4 de diciembre de 1999 no la ha tenido en cuenta a efectos indemnizatorios, la citada cantidad de 181.497.482 ptas. debe dividirse por dos para determinar lo dejado de percibir por el Farmacéutico que promovió el incidente de daños y perjuicios derivados de la suspensión de la ejecución de la sentencia de 3 de junio de 1991 , lo que daría una cantidad de 90.748.741 ptas. (545.410,92 euros) que D<sup>a</sup> Emilia debe abonar a D. Jesús .

QUINTO.- Reclama el solicitante de la ejecución de sentencia el abono de intereses por la demora en el pago del principal desde la fecha de presentación de la demanda en que se reclamaba el pago de la indemnización, presentación que tuvo lugar el 24 de junio de 1997. En el acto de la vista solicitó la aplicación del interés legal del dinero, incrementado en los dos puntos a que hace referencia el *art. 576 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil* .

La sentencia de 17 de octubre de 1990 de esta misma Sala , a cuyos criterios se sometía la sentencia de 4 de diciembre de 1999 que resolvió el incidente, decía en su Fundamento de Derecho Séptimo, entre otras cosas: Así como la justicia tardía lleva en sí misma un germen de injusticia, una indemnización apropiada --justa, en definitiva-- puede deteriorarse gravemente por obra del tiempo, si transcurre con exceso desde el momento en que debió haber sido pagada y aquél otro en que se cobró. El retraso en el cumplimiento de la obligación de indemnizar se convierte de tal guisa en una nueva lesión patrimonial que el acreedor no tiene tampoco el deber de soportar. El problema ha sido resuelto jurisprudencialmente mediante el reconocimiento de la obligación de abonar los intereses de demora que con carácter general y un talante esencialmente compensatorio, indemnizatorio en suma, configura el *Código Civil para tales supuestos (arts. 100 y 1108)* . Esta indemnización se calcula, en principio, con el tipo señalado por la Ley y que se conoce como "interés legal", coeficiente y concepto que han variado con los tiempos. Este criterio objetivo y automático, prefijado, sólo quiebra cuando se demuestra que los perjuicios sufridos por la mora en el cumplimiento son superiores al importe de dicho "interés legal", ya que entonces la Administración viene constreñida a satisfacer el aumento real de los mismos (SS. 21 de junio de 1977 y 10 de abril de 1978 ) .

En el caso que ahora nos ocupa, el meollo de este aspecto de la indemnización consiste en determinar el punto de arranque de la mora obligacional. El Auto de 16 de febrero de 1990 de esta Sala tercera, Sección Séptima, afirma con nitidez que el devengo de los intereses de demora ha de ser situado en el momento de la reclamación por escrito a la Administración para el cumplimiento de su obligación, reclamación que en ese caso se formuló por primera vez en la demanda ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo correspondiente. A su vez, la sentencia de 24 de abril de 1990 de la Sala Tercera, Sección Octava, llega aún más lejos y elimina la necesidad de la intimación previa (*art. 45 Ley General Presupuestaria y 1100 Código Civil*) cuando la obligación lleva ínsita la morosidad determinante de la indemnización.

En definitiva, una vez comprobado el derecho a que el ahora demandante sea indemnizado por los conceptos y en las cuantías que más arriba se explican, no cabe la menor duda de que a esa deuda principal ha de serle añadida la cantidad correspondiente a los intereses de demora. Ahora bien, para determinarla han de ser conjugados tres factores: la base, el tipo y el tiempo. La primera está constituida por la cantidad líquida o predeterminada sin necesidad de un cálculo posterior, calificación que conviene a la evaluación de los perjuicios sufridos en la dispensación de medicamentos a la Seguridad Social y a los derivados de las ventas a particulares. El segundo parámetro es el tipo básico del Banco de España vigente el día del devengo. Finalmente, el tercer elemento es el temporal que comprende, en este caso el período entre el 24 de junio de 1997, fecha de presentación de la demanda en que se reclamó el pago de la indemnización, y la notificación de la presente resolución, sin perjuicio de los intereses que, a su vez, puedan correr a partir de entonces hasta el completo pago.

Así, en suma, se cumple el principio de reparación integral que informa nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, uno de los más progresivos para nuestra satisfacción. Este principio ha sido formulado explícitamente por este TS hasta consolidarse en "doctrina legal". La indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado. Sólo con este criterio se cumple la exigencia constitucional de que la tutela judicial sea efectiva y, por lo tanto, completa.

Sentado lo anterior y por remisión a los *arts. 1101 y 1108 del Código Civil*, debe ser el interés legal el aplicable desde la fecha de la interposición de la demanda incidental, es decir, desde el 24 de junio de 1997 hasta la fecha del auto de ejecución que determina la cantidad líquida exigible. Como ha dicho esta Sala en su Auto de 24 de noviembre de 1994 (recurso de revisión num. 73/1989; recurso 181/86 y acumulados), la fecha inicial de la demora del condenado al pago debe coincidir con la fecha en que el acreedor exige el cumplimiento o ejecución de la sentencia, ya que versando la sentencia sobre el pago de una cantidad de dinero, siendo el acreedor un particular y debiendo ser pagada esa cantidad también por particulares --ajeno todo ello al interés general que el pago de una deuda tributaria o similar significa--, la ejecución debe hacerse a instancia de parte, puesto que el acreedor puede renunciar al cobro de la cantidad a que tiene derecho e incluso dejar prescribir éste.

El interés legal del dinero aplicable en los correspondientes periodos de devengo, publicados para cada año en la Ley de presupuestos General del Estado, es: Año 1997: 7,500%; Año 1998: 5,500%; Año 1999: 4,250%; Año 2000: 4,250%; Año 2001: 5,500%; Año 2002: 4,250%; Año 2003: 4,250%; Año 2004: 3,750%; Año 2005: 4,000%; Año 2006: 4,000% y Año 2007: 5,000%.

A partir de esta fecha, es decir, la que determina la cantidad líquida exigible, y hasta que se efectúe el defectivo pago de la misma, por aplicación del *art. 576 LEC* la cantidad adeudada devengará, en concepto de intereses, el interés legal del dinero incrementado en 2 puntos, puesto que según el párrafo tercero de dicho artículo, lo establecido es de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las excepciones legalmente previstas para las Haciendas Públicas.

Siendo el condenado persona física no goza de tal excepción, por lo que le es de aplicación el incremento de los 2 puntos establecido en dicho artículo desde la fecha de la determinación líquida de la cantidad indemnizable hasta su efectivo y real pago.

SEXTO.- En virtud de las consideraciones expuestas, se estima la pretensión formulada por D. Jesús, sin que proceda hacer pronunciamiento alguno en cuanto al pago de las costas causadas en este incidente de ejecución de sentencia toda vez que para la sentencia de 4 de diciembre de 1999 no concurrían causas para hacer expreso pronunciamiento en las costas del incidente.

Por los razonamientos que anteceden

**LA SALA ACUERDA:**

Fijar como cantidades que debe satisfacer D<sup>a</sup> Emilia a D. Jesús las siguientes: Primero: La cantidad de 90.748.741 ptas. (545.410,92 euro) por el concepto de dispensación de medicamentos. Segundo: Los intereses de demora sobre las cantidades correspondientes a la dispensación de medicamentos entre el día 24 de junio de 1997 y aquél en que se notifique este Auto, para cuyo cálculo se utilizará el interés legal del dinero vigente en la fecha del devengo arriba mencionado, incrementado en dos puntos, sin perjuicio de los que corran a partir de la notificación del presente Auto hasta el momento del abono efectivo de la deuda. Todo ello sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto al pago de las costas causadas en este incidente de ejecución de sentencia.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados.