

Indemnización por daños causados por la apertura provisional de una segunda oficina de farmacia hasta su cierre por sentencia definitiva

JOSEP M.^a SUÑÉ ARBUSSÀ

Catedrático jubilado de Legislación Farmacéutica. Facultad de Farmacia. Universidad de Barcelona.



El Tribunal Supremo estima parcialmente la demanda de indemnización por parte de un farmacéutico por el funcionamiento provisional de una oficina de farmacia durante el tiempo en que permaneció abierta hasta su cierre definitivo y declara que no debe calcularse sobre las ventas de dicha oficina de farmacia sino por el perjuicio por los menores ingresos del afectado.

La Diputación General de Aragón concedió la apertura de la segunda oficina de farmacia en un municipio de su territorio que la sala de lo Contencioso-Administrativo en Zaragoza confirmó el 9 de noviembre de 1989 y la sección cuarta del Tribunal Supremo revocó el 19 de septiembre de 1991 ante recurso de apelación, pero que

un auto de suspensión de la ejecución de la última sentencia permitió que entrara en funcionamiento la referida oficina de farmacia el 10 de mayo de 1993 hasta el 17 de marzo de 1995, en que por desestimarse el recurso de revisión, hubo de cerrarse definitivamente.

El farmacéutico propietario y titular de la primera, y hasta

entonces única oficina de farmacia, solicitó indemnización por los daños causados por la apertura provisional de la segunda oficina de farmacia, con lucro cesante para la existente. El Tribunal Supremo, por sentencia de 7 de marzo de 2000, estima en parte la demanda, pero no tomando como base el beneficio de la nueva farmacia,

sino la estimación de la disminución de beneficios de la anteriormente existente.

Fundamentos de derecho

La sala considera que la cuestión se circunscribe únicamente a la «determinación de los daños y perjuicios que el hoy demandante pudo sufrir como consecuencia de la mencionada suspensión de la sentencia dictada en apelación», es decir, «por razón del funcionamiento de esta última entre el día 10 de mayo de 1993, fecha en que se reabrió la farmacia a consecuencia del auto de suspensión de la ejecución de la precitada sentencia, y el 17 de marzo de 1995, en que, desestimado el recurso de revisión, hubo de cerrarse dicha oficina». La sala reconoce que la pretensión de resarcimiento tiene su fundamento en el principio de responsabilidad contractual o aquiliana que recoge el artículo 1.902 del Código Civil.

Lógicamente, los puntos de vista de los pleiteantes son totalmente diferentes. El demandante, en razón precisamente de la alteración de su situación de titular único, se fundamenta en que la irrupción de la nueva farmacia le supuso tener que repartir entre más ofertantes el servicio dispensador de medicamentos en una misma localidad y cuantifica los perjuicios aplicando a las cifras de ventas de la farmacia provisional con receta de la Seguridad Social, Muface e Isfas, el porcentaje de beneficio autorizado (29,9%) más un 10% («prudentemente calculado», dice) por venta libre y productos de parafarmacia. El demandado rechaza dicha cuantificación y acepta «a lo sumo» la cantidad fijada cautelarmente por la sala para otorgar la suspensión, dado que el artículo 1.803 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la fianza «comprenderá el valor de lo litigado y los daños y perjuicios consiguientes a la inejecución de la sentencia para el caso de que el recurso fuera desestimado».

La sala, afirmado el posible daño, no admite ninguna de las dos posiciones puesto que la única prueba practicada en autos es la

certificación expedida por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia, que refleja únicamente «la facturación bruta y líquida de recetas» de la farmacia abierta provisionalmente y durante el período de funcionamiento, referidas a recetas de la Seguridad Social, Muface, Isfas y Mugeju. La sala «no puede aceptar que este importe de facturación, sin más, haya de coincidir con una correlativa facturación dejada de ingresar» por la primera farmacia, que «puede obedecer a otras circunstancias, muchas veces conectadas a la propia y personal labor desarrollada por los interesados, de difícil, por no decir imposible, mensurabilidad». Parece lógico, ya que se trata de determinar lo dejado de percibir, «atender a la facturación,

está claro que aquel porcentaje del 10% de lo facturado no puede aceptarse por no estar soportado por ningún principio de prueba y habrá de entenderse limitado «al que arrojen las diferencias que quepa concretar por razón de las facturaciones y período de tiempo antes señalado».

Por último, aun cuando existan dificultades para concretar las facturaciones en las fracciones de meses inicial y final del período considerado, habrá de llevarse a cabo mediante cálculos promediables.

Concluye el alto tribunal que «la determinación específica de los perjuicios habrá de llevarse a cabo en período de ejecución de sentencia y con arreglo a los criterios o bases acabados de expresar».

Comentario

Nos encontramos ante un caso no por infrecuente menos delicado: el de apertura «provisional» de una oficina de farmacia. Decimos infrecuente porque no es habitual que contando con la autorización en vía administrativa (pero pendiente la vía judicial) el interesado se lance a la aventura, no exenta de una importante inversión económica, de poner en marcha la nueva oficina de farmacia, en especial si es dudosa la solución definitiva. Pero se dan casos, y aunque mayoritariamente el resultado final es favorable a la apertura, en otros no lo es, como en el caso que nos ocupa. En tal eventualidad, el o los afectados (más fácil si es uno solo, más complicado si es más de uno) pueden pedir ser indemnizados por los menores beneficios obtenidos y, como se observa en la sentencia comentada, los tribunales suelen reconocer el derecho a la indemnización en base a la pérdida de beneficios y no a los beneficios obtenidos por la nueva y provisional oficina de farmacia. La cuantificación es sumamente difícil y nos tememos que, a menos que medie una entente más o menos cordial, los beneficios vayan a parar mayoritariamente a los indispensables intermediarios en los largos procedimientos que puedan afrontarse. □

Los tribunales suelen reconocer el derecho a la indemnización en base a la pérdida de beneficios y no a los beneficios obtenidos por la nueva y provisional oficina de farmacia

por los mismos conceptos antes expresados, (...) en el período de funcionamiento de la farmacia oponente (...) como en el período inmediato anterior, a fin de determinar la, en su caso, merma de ingresos que pudiera razonablemente imputarse a los percibidos por la farmacia oponente». «La posible diferencia en menos que en el período subsiguiente de coexistencia pudiera detectarse respecto de ese período anterior, ha de constituir elemento de considerable importancia para la determinación de las ganancias dejadas de obtener.»

Por otra parte, al no disponer de ningún principio de prueba del que puedan deducirse perjuicios por menor venta libre y de parafar-