

**Expediente:** 39/2004.

**Objeto:** Responsabilidad patrimonial por acto legislativo, promovida por titulares de oficinas de farmacia.

**Dictamen:** 41/2004, de 9 de diciembre

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 9 de diciembre de 2004,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Joaquín Salcedo Izu, en funciones de Presidente, don Francisco Javier Martínez Chocarro, en funciones de Consejero-Secretario, don José María San Martín Sánchez, y don Eugenio Simón Acosta, Consejeros,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1.1ª. Formulación y tramitación de la consulta**

Ha tenido entrada en este Consejo la Orden Foral 388/2004, de 18 de noviembre, del Vicepresidente y Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra en cuya virtud, de conformidad con el artículo 19.2 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), se recaba dictamen preceptivo, a tenor de lo dispuesto por el artículo 16.1.i) de dicha Ley Foral, sobre los expedientes de responsabilidad patrimonial acumulados, promovidos por don ..., don ..., doña ..., y don ... y don ....

Estas reclamaciones tienen un contenido semejante y una tramitación con incidencias muy similares a las de otras anteriores que fueron ya estudiadas y dictaminadas por este Consejo de Navarra en el dictamen 34/2004.

En el expediente figuran, entre otros, los siguientes documentos:

- 1) Reclamaciones, acumuladas en el expediente R.P. 32/02, formuladas por don ... (presentada el 23 de enero de 2003), por don ... (presentada el 13 de marzo de 2003 y nuevamente presentada el 9 de mayo de 2003 por errores contenidos en la primera), por doña ... (presentada el 20 de marzo de 2003), y por don ... y don ... (presentada el 27 de marzo de 2003).
- 2) Informes, de 18 y 19 de septiembre de 2003, de la Secretaría Técnica del Departamento de Economía y Hacienda.
- 3) Certificaciones, de 22 de mayo de 2003, de la Secretaría Técnica del Departamento de Salud.
- 4) Apertura de trámite de audiencia y alegaciones formuladas por don ..., el 19 de septiembre de 2003; por don ..., el 18 de septiembre de 2003; por doña ..., el 24 de septiembre de 2003; y por don ... y don ..., el 24 de septiembre de 2003.
- 5) Nuevas alegaciones -tras la incorporación al expediente y notificación a los interesados de los certificados expedidos por el Departamento de Economía y Hacienda- presentadas por don ... el 18 de octubre de 2003; por don ..., el 17 de octubre de 2003; por doña ..., el 29 de octubre de 2003; y por don ... y don ..., el 27 de octubre de 2003.
- 6) Propuesta de resolución de las reclamaciones.

La documentación aportada se ajusta a lo ordenado en el artículo 28 del Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Navarra.

## **I.2<sup>a</sup>. Antecedentes**

### **A) Reclamación de don ...**

El día 17 de enero de 2003 tuvo entrada en el Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra el escrito de don ..., de fecha 17 de enero, en el que se formulaba reclamación de

responsabilidad patrimonial contra la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por supuestos daños sufridos por el reclamante como consecuencia de la promulgación de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica (en adelante, LFAF).

El interesado manifiesta ser titular de una oficina de farmacia, en el término municipal de ..., que tenía un valor aproximado de 1.403.853 euros antes de la publicación de la LFAF, según los criterios de valoración empleados por la Hacienda Foral en los expedientes de comprobación de valores de transmisiones onerosas y lucrativas de farmacia. Considera que ese valor patrimonial se ha reducido por causa de la apertura de nuevas farmacias en el municipio, con las que ahora se ve obligada a compartir el mercado.

El perjuicio se debe, a juicio del interesado, a la promulgación de la LFAF, que ha permitido la apertura de nuevas oficinas de farmacia, rompiendo el “equilibrio legal” entre interés público y privado establecido por la normativa anterior, que fue el marco que indujo a los farmacéuticos a adquirir las oficinas de farmacia y a realizar en ellas las inversiones y mejoras precisas, “en la confianza de la continuidad de un sistema que aunaba la consideración de la farmacia como establecimiento profesional o empresa y como establecimiento de interés público”.

Entiende también que el sistema de planificación farmacéutica implantado por la LFAF adolece de un vicio de inconstitucionalidad por vulneración de normativa básica del Estado, lo que determina que exista un ilícito legislativo que se configura como causa del daño. No obstante, alega que el daño debe ser indemnizado aun en el caso de que se dictamine la constitucionalidad de la ley, porque ésta supone para determinadas personas un sacrificio especial que los afectados no tienen el deber de soportar, sin que sea necesario que el deber de indemnizar se encuentre establecido expresamente en la ley.

La publicación de LFAF ha provocado, según el reclamante, dos tipos de daños: Primero, la desaparición del mercado de venta de farmacias que equivale a la privación legal del derecho de traspaso, o la imposibilidad de

vender porque el establecimiento no reúne las condiciones que la nueva ley exige a las oficinas de farmacia (sin que especifique cuál de los dos es su caso). Y segundo, la disminución de valor de la farmacia por la concurrencia en el mercado de los nuevos establecimientos autorizados.

La cuantía de los daños que se reclaman es la siguiente:

- a) Por el daño “consistente en la expropiación del derecho a vender, también llamado vulgarmente traspaso” se reclama la cifra que se determine pericialmente.
- b) Por el daño “consistente en el menor valor de las oficinas de farmacias (*sic*) como consecuencia de la expropiación de parte de su clientela y consiguiente menor venta” se exigen 421.156 euros, resultantes del dictamen pericial que se adjunta al escrito de reclamación.

#### **B) Reclamación de don ...**

La reclamación de don ..., presentada inicialmente sin firmar y nuevamente presentada el día 9 de mayo de 2003, está fechada el 28 de febrero de 2003.

Su contenido es similar a la anterior, de la que se diferencia en el importe en que, conforme a dictamen pericial adjunto al escrito de reclamación, se cifra el daño consistente en el menor valor de la oficina de farmacia “como consecuencia de la expropiación de parte de su clientela y consiguiente menor venta”: 196.283 euros.

#### **C) Reclamación de doña ...**

Esta reclamación está fechada el 19 de marzo de 2003 y fue presentada el día 20 de marzo de 2003. Tiene el mismo contenido que las anteriores, de las que se diferencia en el importe del daño atribuido a “la expropiación de parte de su clientela y consiguiente menor venta”, que se cuantifica en 120.773 euros.

#### ***D) Reclamación de don ... y don ...***

La reclamación de los señores ... está fechada el 20 de marzo de 2003 y fue presentada el día 27 de marzo de 2003. Tiene el mismo contenido que las anteriores, de las que se diferencia en el importe del daño atribuido a la pérdida de clientela y menor venta, que se cuantifica en 551.700 euros (en la propuesta de Resolución se dice, por error, 55.700 euros).

#### ***E) Auto del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2004***

Como ya dijimos en nuestro dictamen 34/2004, el día 24 de febrero de 2004 se dictó por el Tribunal Constitucional un auto de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, sobre los artículos 24.4, 26 y 27 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica.

Resulta oportuno incorporar aquí esta referencia a dicho auto, por la indiscutible relevancia que tendría en nuestro asunto una eventual declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de la LFAF que han permitido la apertura de nuevas oficinas de farmacia, que es, según los reclamantes, la causa de los daños y perjuicios que dicen haber experimentado.

No es necesario extenderse en la exposición de sus argumentos. Lo único relevante para nosotros es que el Tribunal Constitucional ha inadmitido la cuestión porque ha considerado que no se ha producido ninguna infracción jurídica de la que pueda deducirse la inconstitucionalidad de la ley. El Parlamento de Navarra ha legislado dentro del ámbito de su competencia y de su libertad de configuración legal, sin invadir esferas ni contenidos cuya determinación corresponde al Estado, y con pleno respeto de las normas constitucionales.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen**

El artículo 16.1.i) de la LFCN establece el dictamen preceptivo del Consejo de Navarra en relación con los expedientes administrativos tramitados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en los que la ley exija el dictamen de un órgano consultivo, que se refieran, entre otras materias, a las “reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a veinte millones de pesetas” (120.202,42 euros). En tales supuestos la consulta podrá ser recabada directamente por el Consejero competente (artículo 19.2 de la LFCN).

Por su parte, el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (desde ahora, RPRP), dispone en su artículo 12.1 que, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se recabe el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, remitiéndole todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución o la propuesta de acuerdo por la que se podría terminar convencionalmente el procedimiento. Asimismo, el apartado 2 de dicho precepto reglamentario añade que “se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

Las reclamaciones acumuladas en este expediente exceden, cada una de ellas, del límite de 120.202,42 euros establecido por la LFCN, por lo que, de acuerdo con las normas citadas, este Consejo emite dictamen preceptivo.

## **II.2ª. Tramitación del procedimiento**

El procedimiento de responsabilidad patrimonial ha de tramitarse de acuerdo con las reglas establecidas al efecto por la LRJ-PAC y en el RPRP. Así se ha hecho en el presente caso, si bien ha de repararse que el procedimiento no se ha resuelto en el plazo legalmente previsto, sin que se indique en la propuesta motivación alguna sobre este extremo. Ahora bien,

conforme a los artículos 42 y 44.3.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), ello no exime a la Administración de resolver, a pesar de que el transcurso de seis meses sin que haya recaído solución expresa habilita al interesado para tener por desestimada la solicitud de indemnización (artículo 13.3 del RPRP), con los efectos previstos por el artículo 43, apartados 2 y 4 de la citada LRJ-PAC.

### **II.3ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos del legislador**

#### ***A) Régimen jurídico y requisitos generales***

Este Consejo ha tenido ocasión de afirmar, en numerosas ocasiones, que la responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución de garantía de los ciudadanos prevista en el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE). Su regulación se contiene en los artículos 139 a 144 de la LRJ-PAC, que ha sido parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en el RPRP.

El punto de partida de la normativa de rango legal se encuentra el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las 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”.

El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2). Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 de la LRJ-PAC).

La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 de la LRJ-PAC). El derecho a

reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (artículo 142.5 de la LRJ-PAC).

Conforme a la doctrina y reiterada jurisprudencia [Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª (Sección 6ª) de 28 de enero de 1999 y (Sección 7ª) de 1 y 25 de octubre de 1999; y sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de julio de 2000], los requisitos necesarios para que proceda el derecho a indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, son los siguientes:

a) La lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. El daño ha de ser real y efectivo, nunca potencial o futuro, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) La lesión se define como daño antijurídico, que es aquél que la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

c) La imputación de la lesión a la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) La relación de causalidad entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

e) Ausencia de fuerza mayor.

Esta responsabilidad patrimonial se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

La carga de la prueba de los hechos necesarios para que exista responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización; y, en cambio, corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de



circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo de causalidad (como recuerda la Sentencia de la Sala Tercera, Sección 6ª, del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000).

Como viene recordando este Consejo (entre otros, dictámenes 34/2000, de 9 de octubre, 58/2001, de 30 de octubre y 57/2003 de 6 de octubre), ese sistema de responsabilidad objetiva no convierte a las Administraciones Públicas “en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario, como pretende la representación procesal de la recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico” (STS de 7 de febrero de 1998).

### **B) La responsabilidad por actos legislativos**

En lo que atañe a la responsabilidad por actos legislativos, el apartado 3 del artículo 139 de la LRJ-PAC dispone que “las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.”

La determinación de la responsabilidad de la Administración por actos del legislador es una cuestión teóricamente compleja porque, por definición, las leyes son actos con vocación transformadora o innovadora del ordenamiento jurídico y su función principal consiste precisamente en alterar el *statu quo* anterior a su vigencia. En otras palabras, la legislación afecta siempre a derechos subjetivos consolidados o a intereses o expectativas de los ciudadanos, que se ven cumplidas en unos casos y frustradas en otros, como consecuencia de la promulgación de la norma.

Por otra parte el carácter nomogénico y libre de limitaciones (salvo las constitucionales) de los actos del poder legislativo es, en principio, refractario

a toda pretensión indemnizatoria de aquéllos cuyos derechos o intereses resultan perturbados por los actos del legislador. Si la legislación no pudiera afectar a los derechos, intereses y expectativas de los ciudadanos, o sólo pudiera hacerlo estableciendo compensaciones para aquéllas personas que resulten perjudicadas por la ley, se daría lugar a lo que el Tribunal Constitucional denominó gráficamente —refiriéndose a otro tema— “situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico” o “petrificación de situaciones dadas”, consecuencias que son contrarias a la concepción que fluye del artículo 9.2 de la Constitución Española (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ. 3).

La doctrina del Tribunal Constitucional ha llegado a negar radicalmente la responsabilidad del Estado legislador. En la STC 127/1987, de 16 de julio, podemos leer que “la presunta infracción del párrafo 2.º del art. 106 de la Constitución Española... es inexistente, ya que la actividad legislativa queda fuera de las previsiones del citado artículo constitucional referentes al funcionamiento de los servicios públicos, concepto este, en que no cabe comprender la función del Legislador.”

Sin embargo, los fundamentos en que se asienta el Estado de Derecho nos impiden permanecer totalmente insensibles a las pretensiones indemnizatorias de los ciudadanos cuando el origen del daño se encuentra en actos del legislador. A partir de lo dispuesto por el artículo 249 y 288 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se ha construido una compacta jurisprudencia comunitaria que obliga a los Estados a reparar los daños causados por incumplimientos del Derecho comunitario que sean imputables a aquéllos.

Así, la STJCE de 8 de octubre de 1996 (asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, Erich Dillenkofer y otros contra Bundesrepublik Deutschland) resume del siguiente modo la jurisprudencia del TSJCE sobre la responsabilidad de los Estados por el retraso en adaptar el ordenamiento jurídico nacional a una Directiva, contestando las alegaciones de Alemania, Países Bajos y Reino Unido:

“20. El Tribunal de Justicia ha declarado que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares

por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado (sentencias Francovich, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-0000, apartado 31; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications, C-392/93, Rec. p. I-0000, apartado 38, y de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Rec. p. I-0000, apartado 24). Además, el Tribunal de Justicia ha señalado que los requisitos necesarios para que la responsabilidad del Estado genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado (sentencias, antes citadas, Francovich, apartado 38; Brasserie du pêcheur y Factortame, apartado 38, y Hedley Lomas, apartado 24).

21. En sus sentencias Brasserie du pêcheur y Factortame, apartados 50 y 51; British Telecommunications, apartados 39 y 40, y Hedley Lomas, apartados 25 y 26, antes citadas, el Tribunal de Justicia, habida cuenta de las circunstancias que concurrían en dichos asuntos, declaró que los particulares perjudicados tienen un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares.

22. Por otra parte, de la citada sentencia Francovich, que, como los presentes asuntos, se refería a la no adopción de medidas de adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una Directiva dentro del plazo fijado, resulta que la plena eficacia del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado impone un derecho a indemnización siempre que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución, a favor de particulares, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva y exista, además, una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas cuyos derechos han sido lesionados.

(...)

25. ...una violación es suficientemente caracterizada cuando una Institución o un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades (véanse las sentencias de 25 de mayo de 1978, HNL y otros/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartado 6; Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada,

apartado 55, y *British Telecommunications*, antes citada, apartado 42) y, por otra parte, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (véase la sentencia *Hedley Lomas*, antes citada, apartado 28).

26. Por consiguiente, cuando, como en el asunto *Francovich*, un Estado miembro, infringiendo el párrafo tercero del apartado 189 del Tratado, no adopta ninguna de las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva dentro del plazo señalado por ésta, dicho Estado miembro vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus competencias.

27. Por consiguiente, tal violación engendra en favor de particulares un derecho a obtener reparación si el resultado prescrito por la Directiva implica la atribución, a su favor, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva y existe, además, una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas cuyos derechos han sido lesionados, sin que proceda tener en consideración otros requisitos.

28. En particular, no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado (véase la sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, apartados 94 a 96) ni a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable (véanse los apartados 75 a 80 de la misma sentencia)."

La jurisprudencia comunitaria ha sido fuente de inspiración de nuestros tribunales (con razón ha dicho el Tribunal Supremo que "el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos —leyes— quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema": STS 13 de junio de 2000, FJ. 4) y de nuestro legislador, que introdujo la responsabilidad por actos legislativos en el citado artículo 149.3 de la LRJ-PAC. A partir de ese momento no hay duda de que la Administración responderá de los daños causados por actos legislativos, pero esta afirmación está sujeta a las

limitaciones, requisitos y condicionamientos que la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Supremo, ha ido componiendo.

Así, se ha admitido jurisprudencialmente que un título de imputación de responsabilidad al Estado legislador es la infracción de las normas constitucionales. Los daños causados a los particulares por una ley declarada inconstitucional pueden ser —si concurren los demás requisitos— daños susceptibles de indemnización.

En nuestro caso se ha planteado que el daño alegado por los reclamantes está originado por los preceptos inconstitucionales de la LFAF. Ciertamente, a partir de mayo de 2003 pendía sobre la citada ley foral una duda de constitucionalidad suscitada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sin embargo, la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional mediante el auto de inadmisión que ha sido ya reflejado en los antecedentes de este dictamen. Por consiguiente, no procede continuar explorando esta veta.

Debemos, por tanto, dilucidar si se puede esgrimir algún derecho de indemnización a la luz de lo dispuesto por el artículo 139.3 de la LRJ-PAC y la respuesta es, a primera vista, negativa porque el propio precepto condiciona el reconocimiento del derecho a “que se encuentre establecido en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”. La LFAF no ha previsto ningún derecho a favor de los perjudicados por la promulgación de dicha ley foral, por lo que la conclusión que cabe deducir del artículo 139.3, en esta primera aproximación, es la de que los reclamantes no tienen derecho a indemnización alguna.

Sin embargo esta conclusión preliminar ha de ser matizada con lo que se desprende del desarrollo jurisprudencial de dicho precepto.

Aunque el protagonismo en esta materia corresponde al Tribunal Supremo, se ha de citar en primer lugar, por su rango, la STC 28/1997, de 13 de febrero, dictada en cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Quinta), en relación con las Leyes del Parlamento de las Islas Baleares 1/1984, de 14 marzo, de Ordenación y Protección de Areas Naturales de Interés Especial, y 3/1984,

de 31 mayo, de Declaración de «Es Trenc-Salobrar de Campos» como Area Natural de Especial Interés:

“Finalmente, la Sala cuestionante parece vincular la eventual vulneración del art. 33.3 CE al hecho de que en la Ley 3/1984 no se disponga expresamente una formula o un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma. Pero en el propio auto de planteamiento se condiciona la pretensión indemnizatoria objeto del recurso contencioso-administrativo del que conoce en apelación, a que las normas cuestionadas superen el juicio de constitucionalidad que por razones competenciales en él se plantea. En tal supuesto entiende que habrá de conocer del problema indemnizatorio debatido que, resuelto favorablemente para las sociedades recurrentes por la sentencia de instancia, se plantea en la apelación.

Es claro, por tanto, que el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos. A lo que cabe agregar que el Parlamento de las Islas Baleares en la Ley 1/1991 de espacios naturales y régimen urbanístico de las áreas de especial protección, expresamente establece en su disposición adicional sexta que en los proyectos presupuestarios de la Comunidad Autónoma se preverán los recursos precisos para afrontar la responsabilidad económica que pueda suponer las calificaciones urbanísticas de los terrenos.”

El Tribunal Constitucional admite implícitamente, en estas palabras, la responsabilidad del Estado legislador, que el Tribunal Supremo anuda a la hipótesis de que la ley supere el juicio de constitucionalidad. Además acepta que el silencio de la ley sobre el derecho de indemnización queda “sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos”.

Resulta, por tanto, obligado profundizar en el estudio de la jurisprudencia para conocer en qué casos de silencio legal cabe reconocer a

los afectados por un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria el derecho a la reparación de los daños sufridos.

En primer lugar ha de despejarse la duda de si la existencia de daño indemnizable requiere, como requisito indispensable, la lesión de derechos subjetivos de carácter patrimonial.

En segundo lugar, analizaremos cuáles son los títulos de imputación de responsabilidad a la Administración por actos del poder legislativo.

### **C) Los derechos subjetivos o derechos adquiridos como antecedente del derecho a la indemnización**

Uno de los temas que han sido objeto de las alegaciones, informes y propuesta de resolución que obran en el expediente es el de si los titulares de las oficinas de farmacia tenían un derecho subjetivo adquirido cuya lesión hubiera podido ser indemnizable.

El fundamento III de la propuesta de resolución se extiende sobre este tema, que concluye negando la existencia de daño reclamable porque “el no reconocimiento de derechos, sino de simples expectativas, conlleva que se niegue el carácter de «privación singular» a las repercusiones económicas que sufran o puedan sufrir las oficinas de farmacia de los reclamantes como consecuencia de la apertura de nuevas oficinas de farmacia conforme al sistema de planificación farmacéutica instaurado por la Ley Foral”.

Este planteamiento, sin estar desprovisto de alguna razón, no puede ser aceptado en sus estrictos términos, dado que el daño indemnizable no está necesariamente vinculado a la existencia de un derecho subjetivo. A nuestro juicio, este enfoque sería suficiente si la reclamación se fundase única y exclusivamente en la lesión de un derecho subjetivo. En tal caso, la inexistencia del derecho sería motivo bastante para desestimar la reclamación. En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia a propósito del carácter no indemnizable de los llamados contenidos urbanísticos artificiales que, a diferencia del derecho al valor inicial del suelo, no son inherentes al derecho de propiedad sobre el terreno: la Administración ostenta el *ius variandi* de la ordenación urbanística y la indemnización por la

privación legislativa de derechos de carácter urbanístico debe estar en congruencia con el grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva a su propietario (cfr. STS de 26 de noviembre de 1999, FJ cuarto”.

La propuesta de resolución acude también a la doctrina constitucional sobre derechos adquiridos, formulada tempranamente por el Tribunal Constitucional en la STC 6/1983, de 4 de febrero. Leemos en la propuesta de resolución que “para apreciar la existencia de una lesión antijurídica que los reclamantes no tienen el deber jurídico de soportar es obligado proyectar la doctrina jurisprudencial perfectamente aplicable al caso que, con base en la STC 4 de febrero de 1983, ha sido consolidada por el Tribunal Supremo en supuestos en que se plantea una modificación normativa ante la que se invocan derechos adquiridos al amparo de la legislación modificada, manifestando al respecto que «no son derechos adquiridos las meras condiciones reglamentarias o las situaciones de ventaja que pudieran derivarse potencialmente del derecho objetivo, ya que tales “derechos”, por definición, sólo pueden ser derechos subjetivos o situaciones jurídicas individualizadas de poder concreto cuando hayan ingresado en el patrimonio de la persona que las detenta, y no sólo a consecuencia de la norma objetiva, sino a través de un acto singular que las confiere, no entrañando meras posibilidades o expectativas y siempre nacidas o constituidas durante la vigencia de una norma derogada»”.

Este enfoque debe ser matizado, pues, como hemos dicho, la existencia del derecho a la indemnización no está indisolublemente unida a la lesión de un derecho subjetivo. Se indemnizan daños y éstos no siempre están vinculados a un derecho, sino que pueden derivarse de la conducta o modo de actuar del interesado. Un particular que, con el estímulo de los poderes públicos, realiza gastos o toma decisiones que, posteriormente, se ven frustradas por un acto legislativo, no necesita esgrimir lesión de derechos para obtener la indemnización de las pérdidas sufridas por causa de cambios bruscos e inadvertidos del criterio de los poderes públicos. Es suficiente que exista un interés patrimonial legítimo cuyo sacrificio venga impuesto por una actuación pública —incluso legislativa— llevada a cabo en defensa y tutela de intereses generales, para que nazca —si concurren los demás requisitos exigibles— el derecho a la indemnización.



No ofrece ninguna duda que los sujetos pasivos de un impuesto o gravamen no pueden alegar, por regla general, derechos adquiridos a la exención del tributo. Así lo declaró el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 6/1983, de 4 de febrero, sobre exenciones de viviendas de protección oficial. Semejante es el caso de las compañías pesqueras que se vieron sorprendidas por la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios, como consecuencia de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea. La STS de 5 de marzo de 1993 dijo al respecto:

“TERCERO.- La objetiva contemplación de los hechos, que se aducen como determinantes de la indemnización solicitada y que dejamos relatados suficientemente en la motivación primera, a la luz de la particular normativa expuesta en la precedente, determina o acredita la bondad de la pretensión deducida en el proceso, en cuanto se insta la indemnización, no ya en su particular cuantificación sobre la cual volveremos más adelante, pues bien se considere la eliminación de los cupos exentos del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables, como resultado de las relaciones internacionales, desarrolladas por el Gobierno (en armonía con lo dispuesto en el art. 97 de la Constitución que le encomienda la dirección de la política exterior), al haberse alcanzado el acuerdo con la CEE mediante la suscripción del Tratado de Adhesión, en cuya virtud se cedió soberanía en materia de pesca, o incluso y más propiamente como consecuencia de las determinaciones de Poder legislativo, en cuanto las Cortes concedieron la autorización para la prestación del consentimiento del Estado, a medio de la LO 10/1985, de 2 agosto, es lo cierto que la sociedad actora, en desarrollo y ejecución de la indudable acción de fomento programada por el Gobierno de la Nación y materializada, entre otras disposiciones en el Decreto 8-10-1976 y Real Decreto 30-4-1985 contribuyeron a la creación de empresas pesqueras conjuntas y efectuó fuertes inversiones para su constitución, sujeta desde luego a la previa autorización administrativa, en ponderación de los concretos beneficios que se reconocían a los armadores españoles, como eran créditos a la exportación de buques de pesca en explotación (los cuales debían reunir los requisitos establecidos), cobertura de los riesgos de inversiones y sobre todo la importación de pescado con exención del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables, no siendo ocioso advertir, además, que la actividad gubernamental estaba inspirada por poderosas y variadas razones derivadas de las dificultades de la flota pesquera española para encontrar caladeros, una vez extendidas las aguas territoriales de los distintos países, y de la necesidad de abastecer el mercado

interior, conservar los empleos de los pescadores, mantener la actividad de nuestros astilleros, etc. y si esto es así, si los particulares acomodaron su actividad a la política de fomento plasmada en las disposiciones más arriba reseñadas y si el propio Gobierno español, con las necesarias autorizaciones, promovió y dio lugar al Tratado de Adhesión suscrito por el Reino de España, en el que resultaron eliminados, aunque fuera progresivamente, los cupos exentos de arancel, que, según parece, era el mayor beneficio para las empresas pesqueras españolas, es visto como y cual anticipábamos al inicio de esta motivación, deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es daño, no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa, (nexo causal), de los concretos actos que se aducen y que hemos examinado como determinantes de la lesión patrimonial, no debiéndose olvidar tampoco que el RD 830/1985 fue publicado y entró en vigor el día 6-6-1985, en tanto que el Tratado fue suscrito pocos días después, el 12 de iguales mes y año.

CUARTO.- Las alegaciones articuladas por la contraparte en la contestación a la demanda, en cuanto aduce que resulta improcedente la indemnización solicitada en razón de que la sociedad actora carecía de un derecho adquirido para mantener incólumes sus importaciones exentas, devienen intrascendentes para alcanzar la desestimación postulada en el concreto caso que dirimimos, por cuanto, aunque diéramos por supuesta hipotéticamente la inexistencia de un auténtico y plenamente configurado derecho adquirido, por la anual fijación de los cupos exentos, la realidad es, repetimos, que el Gobierno desarrolló una muy concreta acción de fomento para la constitución de empresas pesqueras conjuntas, con los fines analizados con anterioridad, reconociendo a cambio unos particulares beneficios, representativos de intereses patrimoniales legítimos, y si éstos se interrumpen o disminuyen, cual ha sucedido, por la voluntad de los órganos competentes del Estado, en modo alguno cabe negar el subsiguiente derecho a la indemnización correspondiente, la cual además estaría incluso avalada, tanto por los principios de la buena fe que debe inspirar la relación de la Administración con los particulares y de la seguridad jurídica, como por el equilibrio de prestaciones que debe existir entre una y otros en el desarrollo de relaciones, como las que contemplamos, preestablecidas y con finalidad determinada...”

Así pues, no parece argumento suficiente el de la previa inexistencia de un derecho adquirido al ejercicio de la profesión farmacéutica en un marco jurídico determinado para rechazar de plano la pretensión de los reclamantes.

Ello no obsta a que sea exigible, como es lógico, que concurra algún título de imputación que justifique el deber de indemnizar los daños provocados por la actividad del legislador ya que, según hemos indicado más atrás, sería incompatible con la propia naturaleza y objeto de la función legislativa una obligación de indemnizar a toda persona cuyos derechos o intereses patrimoniales legítimos resulten afectados negativamente por una norma jurídica válida.

***D) Títulos de imputación de responsabilidad a la Administración por actos del poder legislativo.***

El título de imputación de la responsabilidad se deja entrever en la citada STS de 5 de marzo de 1993 en su referencia a los principios de la buena fe y de la seguridad jurídica, y al equilibrio de prestaciones que debe existir entre Administración y administrados en el desarrollo de relaciones preestablecidas y con finalidad determinada.

En otras sentencias, incluso relativas a supuestos de hecho anteriores a la LRJ-PAC, se destaca la singularidad e imprevisibilidad del daño como justificación del deber de indemnizar. Por ejemplo, dice la STS de 13 de diciembre de 2001:

TERCERO: (...) En la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, seguida poco después por la de 1 de diciembre del mismo año, y más adelante por otras muchas, todas ellas dictadas en relación con la jubilación anticipada de funcionarios públicos establecida por las Leyes reguladoras de su respectivo estatuto, se ha considerado que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la norma fundamental; pero tampoco puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse

intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la Ley.”

En definitiva, es la singularidad del daño y el derecho a la seguridad jurídica el fundamento que se encuentra tras el reconocimiento del derecho a la indemnización por actos legislativos no expropiatorios. La seguridad jurídica o, su derivado, el principio de confianza legítima proclamado por el TJCE justifica la tutela otorgada, por vía indemnizatoria, a quienes son lesionados en sus derechos o intereses patrimoniales legítimos por actos perfectamente válidos del legislador.

La doctrina del TS queda ampliamente reflejada en la STS de 26 de noviembre de 1999, cuyo FJ cuarto transcribimos:

“TERCERO.- La aplicación de este primer criterio conduce a observar que con arreglo a los efectos de la ley a la que se imputa el perjuicio, la cual, en suma, vino a hacer imposible en parte el desarrollo de la urbanización que se había proyectado en la zona declarada área natural de especial interés, los gastos de urbanización reclamados correspondientes a la zona clasificada como no urbanizable deben considerarse como perjuicio indemnizable, habida cuenta de que se desarrollaron ante la confianza legítima suscitada por la aprobación del correspondiente plan parcial y proyecto de urbanización.

En efecto, aun cuando pudiera sostenerse que el plan parcial que legitimó la urbanización fue sustituido por el elaborado a raíz de la declaración como centro de interés turístico, se aprecia la normalidad y legitimidad de aquellos gastos, que hubieran tenido que realizar los propietarios, y, por ende, justifica el que no exista por parte de éstos la carga de soportar las consecuencias de su inutilidad sobrevenida por la alteración mediante ley de las previsiones urbanísticas que los justificaron.

No ocurre así, en cambio, respecto de los perjuicios acreditados pericialmente dimanantes de los gastos de urbanización en zona luego declarada no urbanizable.

Estas apreciaciones son acordes con la jurisprudencia; la sentencia de 12 de mayo de 1987 nota cómo el mecanismo indemnizatorio del artículo 87 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 1976 determina que si confiando en la subsistencia durante un cierto plazo de una determinada ordenación urbanística se han hecho inversiones y gastos, jugará el derecho de

la indemnización previsto en el artículo 87 de la citada Ley; el plazo previsto en el artículo 87.2 de la misma opera dando seguridad al mercado inmobiliario y a las actividades de ejecución del planeamiento realizadas vigente el plan, puesto que aunque se modifique éste no provocarán pérdidas para el inversor.

Como dice la sentencia de 15 noviembre 1993, la ejecución del planeamiento reclama una importante participación de los ciudadanos; dicha participación, que exige importantes gastos, sólo podrá producirse cuando esté garantizada la permanencia del planeamiento durante un cierto lapso de tiempo: así derivaba claramente de la Exposición de Motivos de la Ley 2 de mayo de 1975, que fundamentaba este régimen indemnizatorio en la seguridad del tráfico jurídico; esa participación de los interesados en la ejecución del planeamiento les otorga la condición de colaboradores de la Administración, pues cumpliendo las exigencias de la función social de la propiedad cooperan en la realización de los fines de interés público a que tiende el planeamiento, y la colaboración con el poder público está sujeta de modo más estricto, si cabe, a las exigencias de la buena fe.

Más concretamente, y en lo que ahora importa, la jurisprudencia ha declarado la indemnizabilidad de los gastos hechos para la preparación y aprobación de los instrumentos urbanísticos adecuados para el desarrollo y ejecución de la ordenación vigente (así, la sentencia de 17 de junio de 1989).

No es difícil trasponer los principios y las consideraciones en que se apoya esta jurisprudencia a las concepciones más recientes ligadas a la responsabilidad por acto legislativo del Estado o, como en el presente caso acaece, de las comunidades integradas en él y dotadas de autonomía política con capacidad legislativa, habida cuenta de que los principios de buena fe y de confianza legítima son también aplicables, cuando la situación de confianza ha sido generada por la Administración, frente a las innovaciones legislativas que sacrifican el expresado principio en aras de los intereses generales de la comunidad.

La aplicación del anterior principio lleva, pues a considerar indemnizables las obras de urbanización acreditadas según el dictamen pericial practicado en autos, correspondientes al simple canjeado o apertura de un vial y a la excavación y terraplenado parcial, que ascienden a la cantidad de 3.228.021 pesetas.”

### ***E) Inexigibilidad de los daños y perjuicios objeto de las reclamaciones***

A la luz de lo expuesto llegamos a la conclusión de que no procede, en el presente caso, indemnizar los daños reclamados por los titulares de oficinas de farmacia que han incoado este expediente.

Por un lado, es evidente que no existe un derecho subjetivo ni un interés patrimonial legítimo oponible a la facultad del legislador de modificar el régimen jurídico en que se presta al público el servicio farmacéutico. El cambio de la normativa representa una modificación del ordenamiento que no ha provocado mermas ni restricciones a un inexistente derecho del conjunto de los farmacéuticos de Navarra a desarrollar su actividad en las condiciones establecidas por la normativa derogada por la LFAF.

Sin embargo, pueden haberse producido, en hipótesis, otros daños o perjuicios singulares en los intereses patrimoniales de personas que hayan actuado inducidos por confianza legítima en el ordenamiento anterior. Ahora bien, no creemos que en el presente caso concurren circunstancias que justifiquen la génesis de esa confianza cuya frustración pudiera ser contraria al principio de seguridad jurídica. El fundamento de derecho número IV de la propuesta de resolución se extiende en consideraciones demostrativas de que en el presente caso no se puede alegar por los reclamantes sorpresa o imprevisibilidad de la actuación reformadora del legislador de Navarra. No ha habido un cambio normativo brusco, sino que se trata de una reforma anunciada desde años atrás.

De un lado, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció una previsión de la que cabía deducir la futura modificación del régimen jurídico de prestación del servicio farmacéutico en Navarra: “Las oficinas de farmacia estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacias.”

La regulación de la planificación para la autorización de oficinas de farmacia estaba también anunciada por la exposición de motivos de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de

farmacia, que comenzaba diciendo que una de las cuestiones pendientes de reforma en la sanidad española es la ordenación de las oficinas de farmacia.

El artículo 2.1 de la citada Ley 16/1997 dice que “en desarrollo de lo que establece el artículo 103.3 de la vigente Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y el artículo 88 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y al objeto de ordenar la asistencia farmacéutica a la población, las Comunidades Autónomas, a las que corresponde garantizar dicha asistencia, establecerán criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia.”

El artículo 2.2. de la misma Ley 16/1997 también era un anuncio de futuras reformas, e incluso de su posible contenido, al decir que “la planificación de oficinas de farmacia se establecerá teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias en cada territorio. La ordenación territorial de estos establecimientos se efectuará por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia, que determinarán las Comunidades Autónomas, conforme a los criterios generales antes señalados. En todo caso, las normas de ordenación territorial deberán garantizar la adecuada atención farmacéutica a toda la población.”

En conclusión, no puede hablarse, a juicio de este Consejo de Navarra, de sorpresa, de infracción de seguridad jurídica ni de vulneración de la confianza legítima de los ciudadanos en el ordenamiento.

#### **II.4ª. Relación de causalidad, valoración del daño, cuantía y modo de la indemnización**

Negada la existencia del derecho a la indemnización, deviene inaplicable al caso lo dispuesto por el artículo 12.2 del RPRP, que contempla la necesidad de que los órganos consultivos llamados a dictaminar los expedientes de responsabilidad patrimonial se pronuncien sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño

causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

### **III. CONCLUSIÓN**

El Consejo de Navarra considera que las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios acumuladas en el expediente R.P. 32/02 deben ser desestimadas.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.