

Resumen

La Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros que rechazó la reclamación formulada por responsabilidad del Estado legislador, pues si bien es cierto que aunque la L 28/05, de Medidas Sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco, no contenga previsión expresa alguna en orden a la indemnización o compensación por los eventuales perjuicios que pudieran derivarse de su aplicación, no impide que a pesar de la omisión de una cláusula de responsabilidad se pueda reconocer la debida indemnización en favor de la perjudicada por los perjuicios ocasionados por la aplicación de los actos legislativos de esta Ley siempre y cuando conforme a los criterios generales del Ordenamiento Jurídico sobre la responsabilidad patrimonial el daño o perjuicio alegado sea antijurídico y, por tanto, la demandante no tenga el deber jurídico de soportar, también lo es que, tal antijuridicidad no se da en el presente caso, ya que, en lo que se refiere a titulares de estancos en edificios administrativos, si bien el art. 5.a) L 28/05 ha eliminado la posibilidad de vender y suministrar tabaco en las dependencias administrativas en que venían efectuándolo, la disp. trans. primera de la norma les reconoce no obstante el derecho a solicitar el cambio de emplazamiento del local en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley. Luego en el presente caso se une a la falta de antijuridicidad del daño, la más que dudosa efectividad o existencia del daño mismo, pues, además de no tenerse por qué presumir que el cambio de emplazamiento haya de suponer realmente un detrimento en las consecuencias lucrativas del ejercicio de la actividad, es dudoso que en sí mismo el reconocerse el derecho al cambio de ubicación sea perjudicial al concesionario, cuando se está produciendo la remoción de una limitación que afecta a la generalidad de vendedores por virtud de lo dispuesto en el art. 39,1 RD 1199/99.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 28/2005 de 26 diciembre 2005. Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de productos del tabaco
art.5.a , dtr.1

RD 1199/1999 de 9 julio 1999. Desarrolla Ley 13/1998, de 4 mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y regula estatuto concesional de red de expendedorías de tabaco y timbre
art.39

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

TABACOS

NORMA JURÍDICA

CLASES

Reglamentos

Nulidad

Efectos

Reparación de daños y perjuicios

Ámbito

Perjuicio indemnizable; requisitos

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administración estatal (funciones legislativas); Desfavorable a: Concesionario

Procedimiento:Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.5.a, dtr.1 de Ley 28/2005 de 26 diciembre 2005. Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de productos del tabaco

Aplica art.39 de RD 1199/1999 de 9 julio 1999. Desarrolla Ley 13/1998, de 4 mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y regula estatuto concesional de red de expendedorías de tabaco y timbre

Cita Ley 28/2005 de 26 diciembre 2005. Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de productos del tabaco

Cita RD 1199/1999 de 9 julio 1999. Desarrolla Ley 13/1998, de 4 mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y regula estatuto concesional de red de expendedorías de tabaco y timbre

Cita Ley 13/1998 de 4 mayo 1998. Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria

Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita Ley 3/1984 de 31 mayo 1984. Area Natural "Es Trenc-Salobrar de Campo", C.A. Baleares

Cita Ley 30/1984 de 2 agosto 1984. Medidas para la Reforma de la Función Pública

Cita art.9.3, art.33.3, art.106.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre NORMA JURÍDICA - CLASES - Reglamentos - Nulidad - Efectos - Reparación de daños y perjuicios - Perjuicio indemnizable; requisitos, CONCESIONES ADMINISTRATIVAS - TABACOS STS Sala 3ª de 8 junio 2010 (J2010/113365)

Cita en el mismo sentido sobre NORMA JURÍDICA - CLASES - Reglamentos - Nulidad - Efectos - Reparación de daños y perjuicios - Perjuicio indemnizable; requisitos STS Sala 3 Pleno de 29 abril 2010 (J2010/52571)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 5 marzo 2010 (J2010/26487)

Cita en el mismo sentido sobre NORMA JURÍDICA - CLASES - Reglamentos - Nulidad - Efectos - Reparación de daños y perjuicios - Perjuicio indemnizable; requisitos STS Sala 3ª de 17 junio 2009 (J2009/143890)

Cita en el mismo sentido sobre NORMA JURÍDICA - CLASES - Reglamentos - Nulidad - Efectos - Reparación de daños y perjuicios - Perjuicio indemnizable; requisitos STS Sala 3ª de 18 octubre 1997 (J1997/10131)

Cita en el mismo sentido sobre NORMA JURÍDICA - CLASES - Reglamentos - Nulidad - Efectos - Reparación de daños y perjuicios - Perjuicio indemnizable; requisitos STS Sala 3ª de 8 abril 1997 (J1997/3847)

Cita en el mismo sentido sobre NORMA JURÍDICA - CLASES - Reglamentos - Nulidad - Efectos - Reparación de daños y perjuicios - Perjuicio indemnizable; requisitos STC Pleno de 13 febrero 1997 (J1997/57)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 18 diciembre 1986 (J1986/8442)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 11 abril 1986 (J1986/2468)

ANTONIO MARTI GARCIA

CELSA PICO LORENZO

ENRIQUE LECUMBERRI MARTI

RICARDO ENRIQUEZ SANCHO

SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA

SEGUNDO MENENDEZ PEREZ

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de enero de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso contencioso-administrativo número 258/2009, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora Dª Pilar Rodríguez Buesa, en nombre y representación de Dª Antonieta, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de marzo de 2009, por el que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada a instancia de aquélla por los perjuicios producidos a consecuencia de la aplicación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta EDL 2005/206328, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Habiendo sido parte el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de mayo de 2009, a iniciativa de Dª Antonieta, se presentó escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo indicado en el encabezamiento de esta resolución.

SEGUNDO.- Mediante providencia dictada por la Sección Cuarta de esta Sala el día 16 de junio de 2009, se admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto, requiriéndose a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo.

TERCERO.- Por providencia de fecha 21 de octubre de 2009, se tiene por recibido el expediente administrativo y por personado y parte al Abogado del Estado; acordándose entregar el expediente a la representante procesal de Dª Antonieta para deducir demanda, trámite que fue evacuado mediante escrito presentado el 27 de noviembre de 2009.

CUARTO.- Mediante providencia dictada el 1 de diciembre de 2009, se dio traslado de la demanda al Abogado del Estado con entrega del expediente administrativo para que la contestara en el plazo de veinte días; formulándose contestación a la demanda mediante escrito de fecha 15 de febrero de 2010.

QUINTO.- Habiendo solicitado la parte recurrente en su escrito de demanda el recibimiento del pleito a prueba, éste fue acordado por Auto de 16 de marzo de 2010, y admitidas las propuestas por la parte recurrente mediante providencia de 1 de junio de 2010, siendo practicadas con el resultado obrante en las actuaciones.

SEXTO.- Concluido el período probatorio, la providencia de 22 de junio de 2010 abrió el trámite de conclusiones, que fue evacuado por la parte recurrente mediante escrito presentado el 14 de julio de 2010 y por el Abogado del Estado mediante escrito de fecha 22 de septiembre de 2010.

SÉPTIMO.- Mediante diligencia de ordenación de 22 de septiembre de 2010 se declararon concluidas las actuaciones y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por providencia de fecha 13 de enero de 2011, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 18 de enero del año dos mil once, fecha en que tal diligencia tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D^a Antonieta interpone recurso contencioso- administrativo contra el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, de fecha 6 de marzo de 2009, que le desestimó la reclamación formulada por responsabilidad del Estado legislador.

Son hechos relevantes para la decisión de este proceso los siguientes:

. Mediante Acuerdo del Patronato para la provisión de Expendedurías de Tabacos, Administraciones de Loterías y Agencias de Aparatos Surtidores de Gasolina de 10 de junio de 1963, se designó a D^a Martina, madre de la demandante, titular de la Expendeduría General de Tabacos y Efectos Timbrados núm. 552 de Madrid, que fue inicialmente instalada en el Paseo de la Castellana núm. 14, en Madrid, y, posteriormente, en abril de 1980, y mediando la correspondiente autorización, pasó a ubicarse en el interior del edificio del Ministerio de Comercio y Turismo, en la Avenida del Generalísimo, 48 (actual Paseo de la Castellana, 162).

. El 26 de junio de 1980, el Consejo de Administración de "Tabacalera, S.A." acordó designar a D^a Antonieta, en virtud de sucesión mortis causa, titular en propiedad de la expendeduría de tabaco de referencia. Asimismo, acordó en la misma fecha y sesión, cambiar la denominación de la Expendeduría, designándola "Ministerio de Comercio y Turismo", así como su clasificación, que pasó a ser la de Expendeduría Especial de Carácter Oficial.

. La nueva titular explotó con normalidad el negocio, hasta que, a raíz de la promulgación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta EDL 2005/206328 , el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, que entró en vigor el uno de enero de dos mil seis -excepto las normas contenidas en el capítulo III-, recibió una comunicación de la Presidente del "Comisión Cuzco", órgano de gestión de los inmuebles del "Complejo Cuzco", en que se ponía en su conocimiento la prohibición que aquella contenía de seguir vendiendo productos del tabaco en las dependencias administrativas a partir del 1 de enero de 2007. De la misma forma, se le comunicaba su derecho a solicitar el cambio de ubicación del local, en conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria de la misma Ley 28/2005 EDL 2005/206328 , en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor.

. El Comisionado del Mercado de Tabacos, en Acuerdo adoptado el 25 de octubre de 2006, autorizó al cambio de emplazamiento de la expendeduría del Paseo de la Castellana, núm. 162, a la calle Doctor Fleming, 28, también de Madrid.

. La demandante presentó el día 29 de noviembre de 2007 ante el Ministerio de Economía y Hacienda una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado (internamente trasladada al Ministerio de Sanidad y Consumo), a consecuencia de la prohibición, recogida en el art. 5.a) de aquella ley, de la venta y suministro de tabaco en centros y dependencias de las Administraciones Públicas y entidades de derecho público.

. Dicha reclamación fue desestimada por el Consejo de Ministros mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de marzo de 2009.

SEGUNDO.- En la referida pretensión por responsabilidad patrimonial de la Administración solicitaba el reconocimiento en su favor de una indemnización consistente en:

. En concepto de "daños producidos", 73.411,75#, por los gastos realizados para el cambio de emplazamiento (rentas de alquiler de local adjunto al nuevo emplazamiento correspondientes a diez años; tasas abonadas al Comisionado para el Mercado de Tabacos por cambio de emplazamiento; tasas por utilización de vallas y andamios; tasa por prestación de servicios urbanísticos; impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras; obras de acondicionamiento del nuevo local; honorarios profesionales del Arquitecto; nuevo contrato para el suministro de energía eléctrica; equipamiento del nuevo estanco; adquisición de extintores; prima del seguro de daños del local actual; gastos de comunidad e IBI correspondientes a éste del año 2007).

. En concepto de "daños de futuro", 209.732,67#, por los gastos que han de afrontarse en el futuro a consecuencia del traslado (alquiler del nuevo local por diez años, gastos financieros por los gastos a que da lugar el cambio de ubicación, prima del seguro, gastos de comunidad e IBI del nuevo local desde 2008 hasta 2016).

Reclamando en definitiva en vía judicial el reconocimiento en su favor del derecho a ser indemnizada en la cantidad de 269.099,83#.

TERCERO.- Coherentemente con los argumentos esgrimidos en la reclamación administrativa, sostiene la demandante que con anterioridad a la publicación y entrada en vigor de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre EDL 2005/206328 -que se produjo el uno de enero de dos mil seis -, había sido autorizada por el Comisionado del Mercado de Tabacos, en virtud de subrogación en la posición de su madre, para la venta al por menor de tabaco.

Y que, en virtud de lo establecido 5.a) de la citada Ley 28/2005, de 26 de diciembre EDL 2005/206328 , se le ha privado de la posibilidad de vender y suministrar tabaco en las dependencias administrativas en que venía efectuándolo, concediéndole la disposición transitoria primera de la misma ley un plazo de un año para solicitar un cambio de emplazamiento, no pudiendo vender productos de tabaco en dependencias públicas a partir de su transcurso.

Aduce la obligación de mantener el equilibrio económico de las concesiones administrativas, que debe ser indemnizado por vía de responsabilidad patrimonial administrativa.

CUARTO.- Con este planteamiento, aunque la recurrente tanto en su reclamación administrativa como en la demanda judicial inste protección frente a lo que considera una expropiación forzosa, propiamente ejercita al amparo del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 , una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado por la aplicación de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria de derechos. El apartado tercero del citado artículo dispone:

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 establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

De la mera lectura del citado precepto, en el que por primera vez el legislador contemplara la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, observamos sobre la base de una interpretación literal del precepto, qué tres son los presupuestos o requisitos necesarios para la prosperidad de esta acción:

- . que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar el daño.
- . que así se establezca en el propio acto legislativo.
- . que la indemnización se determinará en los términos que se especifiquen en el propio acto legislativo.

QUINTO.- Aunque hasta la promulgación de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no tuvo un marco legal de directa aplicación por falta de desarrollo normativo, múltiples sentencias fueron dictadas por nuestra Sala sobre esta materia cuya doctrina en principio podríamos sintetizar en estos términos: "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 Constitución Española EDL 1978/3879 , ni tampoco mediante la aplicación analógica de los preceptos legales que regulan la responsabilidad de la Administración" - sentencias de ocho de abril EDJ 1997/3847 y dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y siete EDJ 1997/10131 -

Ahora bien, esta doctrina no significó que hubiéramos descartado "a priori" la posibilidad de una responsabilidad del Estado derivada de actos legislativos, como de hecho lo reconocieron otras sentencias que se pronunciaron sobre la modificación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos -Ley 30/1984, de 2 de agosto EDL 1984/9077 -, y de Jueces y Magistrados -Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio EDL 1985/8754 -, e incompatibilidades de los funcionarios públicos, que dieron lugar al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad resolviendo por primera vez el fondo de la cuestión la sentencia del Pleno de treinta de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Decíamos en la citada sentencia:

"El personal sujeto a régimen estatutario que está al servicio del Estado no goza de un derecho subjetivo, sino de una simple expectativa a que la jubilación forzosa se produjese a una determinada edad, pues de admitirse lo contrario conduciría a una petrificación del derecho."

Y, en anteriores sentencias, como la de diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y siete y doce de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, señalamos que "consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 la responsabilidad de todos los poderes públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aún procedente del Poder Legislativo, supone para unos concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo especial, en comparación del que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio de igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado a asumir el resarcimiento de las obligaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado".

Tampoco podemos olvidar que bajo este marco normativo, anterior a la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , se han dictado diversas sentencias que estimaron pretensiones indemnizatorias por responsabilidad del Estado legislador, como es el caso de las sentencias de cinco de marzo de dos mil tres y veintisiete de noviembre de dos mil cuatro, por los daños derivados del cambio introducido por el Tratado de Adhesión a la Comunidad Económico Europea, que dispuso la eliminación del sistema de cupos de pesca exentos de arancel, en donde apreciamos que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones -que se vieron frustradas- fundados en la confianza generada por las medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de la buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas.

Y, en este contexto jurisprudencial, tiene especial interés la sentencia del Tribunal Constitucional de trece de febrero de mil novecientos noventa y siete EDJ 1997/57 , no tanto por declarar la indemnización a favor de los interesados por la lesión patrimonial sufrida por un acto legislativo (aprobación de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 3/1984, de 31 de mayo EDL 1984/9721) - Estrenc-Salobrar de Campos-, sino por haberse enfrentado con la compleja cuestión de si puede derivarse responsabilidad patrimonial cuando los actos legislativos omiten toda referencia sobre el particular de la responsabilidad.

Así, en el apartado 7, de esta sentencia 28/1997 EDJ 1997/57 , se dice:

Finalmente, la Sala cuestionante parece vincular la eventual vulneración del art. 33.3 CE EDL 1978/3879 al hecho de que en la Ley 3/1984 no se disponga expresamente una fórmula 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 EDL 1978/3879 , 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.

SEXTO.- Esta doctrina jurisprudencial y constitucional es plenamente aplicable al supuesto que enjuiciamos, pues, según recientemente hemos declarado en la sentencia de diecisiete de junio de dos mil nueve, recaída en el recurso de casación 944/2005 EDJ 2009/143890 , en la que examinamos la responsabilidad por actos legislativos a la luz del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 en el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo de Ibiza y Formentera que decidió no proseguir el procedimiento para la aprobación del Plan Parcial del término municipal de Sant Josep de Sa Talaia, en su fundamento jurídico quinto:

En este marco normativo, en relación con los artículos 9.3 y 106.2 de la CE EDL 1978/3879, nos obliga a indagar sobre la finalidad en este punto de la ley, para constatar si asiste un propósito indemnizatorio para el caso que se suscita, como reiteradamente ha venido declarando esta Sala, por todas Sentencia de 13 de marzo de 2001 (recurso de casación núm. 5541/1998) al señalar que Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (ratio legis) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemniza (...).

Aunque la Ley 28/2005, de 26 de diciembre EDL 2005/206328 , no contenga previsión expresa alguna en orden a la indemnización o compensación por los eventuales perjuicios que pudieran derivarse de su aplicación, no nos impide que a pesar de la omisión de una cláusula de responsabilidad podamos reconocer la debida indemnización en favor de la perjudicada por los perjuicios ocasionados por la aplicación de los actos legislativos de esta Ley -que ni tiene naturaleza expropiatoria ni es inconstitucional-, siempre y cuando conforme a los criterios generales del Ordenamiento Jurídico sobre la responsabilidad patrimonial el daño o perjuicio alegado sea antijurídico y, por tanto, la demandante no tenga el deber jurídico de soportar.

SÉPTIMO.- Como precisan las sentencias de once de abril EDJ 1986/2468 y dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y seis EDJ 1986/8442 si el criterio esencial para determinar la antijuricidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo, debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente, por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados en aras al interés público; la clave para apreciar la responsabilidad por acto legislativo, está en la apreciación de que los daños ocasionados sean de naturaleza especial, y que no se traten de meras expectativas de derecho. En definitiva, es preciso que exista un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.

Como ya hemos indicado, sostiene la demandante que la ley de 2005 le ha privado de un derecho de arrendamiento sobre un local ubicado en una dependencia administrativa, y que debe ser expropiada formalmente o, en su defecto, ser indemnizada por dicha expropiación.

Esta Sala, en la Sentencia de su Pleno de 29 de abril de 2010, recurso de casación 591/2008 EDJ 2010/52571 , ha declarado ya la falta de carácter expropiatorio, como la ausencia de obligación administrativa de responder en concepto de responsabilidad patrimonial por razón de la prohibición de venta y suministro de los productos del tabaco en centros comerciales, deducida del art. 7, g), en relación con el 5, g), de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta EDL 2005/206328 , el suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco.

Y lo hizo, en cuanto al segundo aspecto -el de la responsabilidad patrimonial propiamente dicha- por razón de la falta de antijuricidad del daño producido a los titulares de concesiones a quienes afecte ex novo una prohibición de ejercer su actividad introducida por la Ley 28/2005 EDL 2005/206328 . Así, dijimos en aquel caso, vinculando la posible antijuricidad del daño con el principio de confianza legítima, lo siguiente:

"El principio de la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones, están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima enunciado por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, y como concreta la sentencia de cinco de marzo de dos mil diez EDJ 2010/26487 , el principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum" proprium".

En el supuesto que analizamos, los efectos económicos que hipotéticamente por la aplicación de la nueva Ley de Medidas Sanitarias contra el tabaquismo se pudieran ocasionar a determinados establecimientos, -como el de la demandante-, que estaban autorizados para realizar como actividad complementaria la venta al por menor de tabaco con el consiguiente recargo sobre los precios de venta en expendeduría, eran previsibles y se pudieron evitar y paliar dado que el procedimiento de elaboración de la referida Ley al afectar a la salud de los ciudadanos y responder a las directrices de la Unión Europea tuvo una gran repercusión social; de ahí, no podemos afirmar que se quebrantara el principio de la confianza legítima, máximo como ya hemos apuntado, la autorización que tenía la demandante estaba condicionada por determinadas restricciones -artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo EDL 1998/43541 y 25 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio EDL 1999/62192 -.

Por ello, nos encontramos ante una situación producida por la aplicación de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria, que "per se" ni impone ni exige un sacrificio patrimonial singular y especial de derechos o intereses económicos legítimos para unas personas, como la demandante, ya que pudieron prever la repercusión económica que directa o indirectamente pudiera incidir en su negocio, sujeto a determinadas prohibiciones o limitaciones según el título seudoconcesional por el que estaba autorizado por el Comisionado para el Mercado de Tabacos para realizar una actividad complementaria de otra principal.

En consecuencia, por no ser antijurídico el daño ocasionado por la aplicación de la Ley 28/2005 EDL 2005/206328 , procede desestimar el presente recurso, lo que nos dispensa pronunciarnos sobre la indemnización solicitada por el cese de su actividad mercantil, reformas e inversiones realizadas en el negocio durante el período comprendido entre los años 1997-2002, impuestos municipales, despido de dos trabajadoras y lucro cesante."

Aquellas razones han de ser también aplicables al caso de los titulares de establecimientos de venta al por menor de productos del tabaco situados en dependencias administrativas, según hemos manifestado con anterioridad en sentencia de 8 de junio de 2010, rec. 569/2008 EDJ 2010/113365 . Con respecto a ellos, se da una diferencia sustancial si comparamos la forma en que les afecta la Ley de 26 de diciembre de 2005, con la situación, analizada en la sentencia precitada, de los titulares de establecimientos autorizados para la venta de productos del tabaco en centros comerciales. Y es que, si a estos últimos les afectó una prohibición absoluta de comercialización en dichos establecimientos, el legislador ha sido mucho más benevolente con los titulares de estancos en edificios administrativos, ya que, si bien el art. 5,a) de la citada Ley 28/2005, de 26 de diciembre EDL 2005/206328 , ha eliminado la posibilidad de vender y suministrar tabaco en las dependencias administrativas en que venían efectuándolo, la disposición transitoria primera les reconoce no obstante el derecho a solicitar el cambio de emplazamiento del local (de acuerdo con lo previsto con lo previsto en el artículo 39 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio EDL 1999/62192 , por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria EDL 1998/43541 , y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre), en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la ley.

Luego en el presente caso se une a la falta de antijuridicidad del daño, la más que dudosa efectividad o existencia del daño mismo, pues, además de no tenerse por qué presumir que el cambio de emplazamiento haya de suponer realmente un detrimento en las consecuencias lucrativas del ejercicio de la actividad, es dudoso que en sí mismo el reconocerse el derecho al cambio de ubicación sea perjudicial al concesionario, cuando se está produciendo la remoción de una limitación que afecta a la generalidad de vendedores por virtud de lo dispuesto en art. 39.1 del ya citado Real Decreto 1199/1999 EDL 1999/62192 .

Razones ambas, las consistentes en la falta de antijuridicidad y de efectividad del daño de la actuación administrativa, que determinan la desestimación del recurso, lo que nos dispensa de pronunciarnos sobre la indemnización solicitada en concepto de lucro cesante. Se pone de manifiesto por otra parte con lo antedicho la falta de relevancia de la prueba practicada a instancia de la recurrente, en concreto la consistente en informe del Presidente del Comisionado del Mercado de Tabacos, relativa a ciertas expendedurías de tabaco que siguen funcionando en centros comerciales radicados en la Comunidad de Madrid a principios de junio de 2010 hasta el final de la concesión vigente en virtud de lo dispuesto en el inciso inicial del primer apartado de la disposición transitoria primera de la Ley 13/1998. Sin necesidad de entrar a valorar la corrección de la interpretación dada por la Administración, se trata de establecimientos a los que aquella norma legislativa otorga un tratamiento distinto al de la recurrente, sin que por tanto se pueda deducir el beneficio que para la demandante debería producir la acreditación del diferente trato recibido.

Siendo por fin de añadir que esta Sala no entiende procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad ni por razón de un pretendido carecer discriminatorio de la Ley 28/2005 EDL 2005/206328 , pues en ningún caso dicho carácter puede ser alegado por quienes reciben en ella un trato privilegiado frente a otros titulares de concesiones a quienes afecta una prohibición absoluta de seguir ejerciendo la actividad, ni por haber dejado de prever la ley indemnizaciones a favor de los concesionarios perjudicados por la misma, pues es ésta una facultad dejada al arbitrio del legislador, sin perjuicio de las consecuencias que en su caso hubieran podido proceder por aplicación del régimen propio de la responsabilidad del Estado legislador, si hubiere habido lugar.

OCTAVO.- No son de apreciar temeridad ni mala fe a los efectos de una concreta imposición de costas.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D^a Antonieta contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de marzo de 2009, desestimatorio de la reclamación formulada por responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado por la aplicación de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria de derechos, derivada de la promulgación y entrada en vigor de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta EDL 2005/206328 , el suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco; sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta litis.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042011100030