



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **212/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 23 de mayo de 2019, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 22 de febrero de 2019, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en nombre y representación de la mercantil "--", como consecuencia de los daños sufridos por sanciones impuestas en materia de comercio (expte. **70/19**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 18 de octubre de 2018, D. X, quien actúa en nombre y representación de la mercantil "--", presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional, derivada de las sanciones que le fueron impuestas a la citada empresa por la Dirección General competente en materia de Comercio, *"al aplicar el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), de forma contraria a lo previsto en la normativa de la Unión Europea"*.

Señala la reclamante que la Administración regional le impuso tres multas por importe total de 14.000 euros como consecuencia de los expedientes sancionadores 4I100SA0065, 4I09SA0065, 4I11SA0113 y 4I09SA114, en los que a resultas de las actuaciones inspectoras realizadas se constató que la mercantil había cometido una infracción grave por haber realizado venta a pérdida en los términos proscritos por el artículo 14 de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM). Tales sanciones fueron confirmadas, primero en vía administrativa al resolver la Administración los correspondientes recursos de reposición interpuestos por la mercantil, y luego en vía contencioso-administrativa, recayendo sendas sentencias firmes confirmatorias en parte de las resoluciones sancionadoras.

Afirma la reclamante que, en la defensa de sus posiciones jurídicas llevada a cabo durante los procedimientos sancionadores, la empresa mantuvo que la venta a pérdida que se le imputaba no era una conducta sancionable toda vez que no estaba prohibida por la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), todo ello en relación con el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

En respuesta a una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 19 de octubre de 2017, Asunto C-295/16, declara que la indicada directiva se opone a una disposición nacional como el artículo 14 LOCM en relación con el 17 LCD, que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva.

En consecuencia, según la reclamante, *"la Administración a la que se dirige este escrito aplicó incorrectamente la normativa nacional, generando un daño importante a esta parte que debe ser reparado"*. Razona a tal fin que las directivas comunitarias gozan de aplicabilidad directa en nuestro ordenamiento, por lo que en caso de conflicto con la normativa nacional, ha de aplicarse la comunitaria, con la consiguiente declaración de inexistencia e inaplicabilidad de la norma nacional, sin esperar a que la norma nacional sea expresamente derogada o declarada inconstitucional.

Como fundamento de su pretensión indemnizatoria, que circunscribe a los 14.000 euros con que fue sancionada la mercantil, ésta invoca de forma expresa los artículos 32, apartados 3 y 5, y 34, segundo párrafo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que regulan la responsabilidad del Estado Legislador por daños que se deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, considerando los reclamantes que concurren todos los requisitos exigidos por el indicado artículo 32.5 para su declaración, toda vez que existiría un daño derivado de la aplicación de una normativa nacional contraria al Derecho comunitario, habiéndose declarado así por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Aporta junto a la reclamación fotocopia de escritura de apoderamiento otorgada por la mercantil reclamante a favor del actor y diversa documentación correspondiente a los expedientes sancionadores tramitados, la resolución de los respectivos recursos de reposición interpuestos por la mercantil frente a las resoluciones sancionadoras y las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa que confirmaron en parte las multas impuestas. Adjunta, asimismo, las conclusiones del Abogado General y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, que declara contrario al Derecho Comunitario el artículo 14 LOCM.

Según se desprende de dicha documentación, las resoluciones sancionadoras y los procedimientos impugnatorios posteriores son los siguientes:

- Expediente 4I09SA0065, Orden de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, de 15 de octubre de 2009. Impone una sanción de 6.000 euros por la comisión de una infracción en materia de comercio consistente en ofertar o realizar ventas al público con pérdida. Recurrida en reposición, se desestima por Orden de 29 de marzo de 2011.

Por Sentencia 525/2011, de 22 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Murcia, se estima parcialmente el recurso interpuesto por la mercantil y se reduce la sanción a 4.000 euros. La sentencia es firme.

- Expediente 4I10SA0065, Orden de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, de 11 de octubre de 2010. Impone una sanción de 7.000 euros por la comisión de dos infracciones en materia de comercio, una de ellas por la venta a pérdida.

Por Sentencia 306/2013, de 16 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, se estima parcialmente el recurso interpuesto por la mercantil y se reduce la sanción a 4.000 euros. La sentencia es firme.

- Expedientes 4I11SA0113 y 4I11SA0114, Orden de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, de 9 de enero de 2012. Impone una sanción de 7.000 euros por la comisión de tres infracciones en materia de comercio, dos de ellas por la venta a pérdida.

Por Sentencia 254/2013, de 16 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, se estima parcialmente el recurso interpuesto por la mercantil y se reduce la sanción a 6.000 euros. La sentencia es firme.

SEGUNDO.- Solicitado por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante el preceptivo informe de la Dirección General de Comercio, Consumo y Simplificación Administrativa, los días 12 y 13 de noviembre de 2018 se evacuan tres informes, uno por cada resolución sancionadora, con idéntica fundamentación.

En síntesis, concluyen los indicados informes que las resoluciones sancionadoras fueron dictadas dentro del plazo de seis años (venció el 12 de junio de 2013) que la propia Directiva señalaba y durante el cual se permitían disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que imponía la propia Directiva, por lo que durante esos seis años la aplicación del artículo 14 LOCM fue correcta, no alcanzando a dicho período la interpretación efectuada por la sentencia europea.

Apunta, a tal efecto, que según el artículo 3.5 de la Directiva 2005/29/CE, *"durante un período de seis años a partir del 12 de junio de 2007, los Estados miembros podrán seguir aplicando, dentro del ámbito objeto de la aproximación que realiza la Directiva, disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que ésta contiene y que tengan por objeto la aplicación de las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización. Las mencionadas disposiciones nacionales deberán ser indispensables para que los consumidores estén adecuadamente protegidos de las prácticas comerciales desleales y habrán de ser proporcionadas a ese objetivo"*.

Asimismo, indica que el artículo 35.2 LRJSP exige que la norma sea atributiva de derechos, lo que no concurre en este caso, pues el artículo 14 LOCM no tiene por objeto conferir derechos a los ciudadanos sino prohibir una determinada conducta comercial, la venta a pérdida.

TERCERO.- Con fecha 27 de noviembre de 2018, se admite a trámite la reclamación y se designa instructor del procedimiento, dándose traslado a la reclamante de la información prescrita por el artículo 21.4 LPACAP, al tiempo que se le requiere para que aporte determinada información al expediente.

CUARTO.- Conferido trámite de audiencia a la mercantil interesada, no consta que haya hecho uso del mismo, formulando alegaciones o aportando documentación o justificación adicionales.

QUINTO.- Con fecha 4 de febrero de 2019, el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren todos los requisitos establecidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad pretendida. A tal efecto, afirma que la Consejería consultante carece de legitimación pasiva, correspondiendo ésta a los órganos jurisdiccionales que resolvieron en última instancia los expedientes sancionadores, considerando que, si dichas sentencias hubieran estimado los recursos interpuestos, no se habría producido el daño reclamado. Del mismo modo y puesto que se invoca por la mercantil reclamante la responsabilidad del Estado legislador por la aplicación de una norma estatal que se ha declarado contraria al Derecho de la Unión Europea, la legitimación pasiva corresponde precisamente al autor de dicha norma y de la trasposición de la Directiva, el Estado, no a la Comunidad Autónoma cuya Administración se limita a aplicarla.

Asimismo, niega la concurrencia de los requisitos establecidos por el artículo 32.5 para declarar la responsabilidad del Estado legislador, toda vez que en los correspondientes procesos judiciales en los que se impugnaron las resoluciones sancionadoras no se llegó a alegar la vulneración del derecho comunitario, la norma en cuestión no es atributiva de derechos y los daños por los que se reclama no serían indemnizables al haber precedido en el tiempo más allá de los cinco años desde la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 11 de diciembre de 2017.

Reproduce, asimismo, la justificación contenida en los informes de la Dirección General de Comercio, relativos al plazo de seis años que concedía la propia Directiva, durante los cuales los Estados Miembros podían seguir aplicando disposiciones nacionales más exigentes o restrictivas que la propia directiva, cual es el caso del artículo 14 LOCM, que prohíbe la venta a pérdida más allá de los casos y criterios previstos por la propia directiva como excepción a dicha prohibición.

La propuesta afirma, finalmente, que no es preceptivo el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia al ser la cuantía indemnizatoria pretendida inferior a 50.000 euros.

No obstante lo cual, una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 22 de febrero de 2019.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo en la medida en que versa sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada frente a la Administración regional, lo que hace obligada la consulta a este Consejo Jurídico de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Frente a la consideración relativa a la no preceptividad de este Dictamen que se contiene en la propuesta de resolución, baste remitirnos a lo señalado en la Memoria del Consejo Jurídico de la Región de Murcia correspondiente al año 2011, con ocasión de la modificación del artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo un límite cuantitativo de las pretensiones indemnizatorias como criterio determinante de la preceptividad del dictamen de los órganos consultivos, en términos sustancialmente idénticos a los ahora recogidos en el artículo 81.2 LPACAP. Señalábamos allí la compatibilidad entre la normativa básica del procedimiento administrativo común y el artículo 12.9 de la Ley reguladora de este Consejo Jurídico, con la consecuencia, en lo que aquí interesa, de mantener la preceptividad de la consulta a este Órgano Consultivo en los supuestos de procedimientos de responsabilidad patrimonial que se formulen ante la Administración regional, con independencia de su cuantía.

SEGUNDA.- Legitimación.

I. La condición de entidad sancionada que consta en el expediente, dota a la entidad mercantil actora de la condición de interesada para instar el reconocimiento de una cantidad económica en concepto de indemnización, que la resarza de la pérdida patrimonial que el obligado pago de las multas impuestas le depararon, por lo que ha de reconocérsele legitimación activa para instar dicho resarcimiento al amparo de lo establecido en el artículo 32.1 LRJSP.

II. La expresa invocación por la reclamante de la regulación contenida en la LRJSP acerca de la responsabilidad del Estado legislador obliga a analizar la imputabilidad de la ahora pretendida, para determinar si corresponde atribuirla a la actuación de la Administración regional o si, por el contrario, la responsabilidad correspondería al Estado.

A tal efecto, ha de partirse de que nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada no de una eventual nulidad o anulabilidad de las resoluciones sancionadoras que impusieron las multas, cuyos importes ahora se reclaman, pues tal invalidez no ha sido declarada ni se deriva automáticamente de la STJUE de constante cita (STS de 22 de septiembre de 2014), sino que, antes al contrario, fue rechazada por las tres sentencias de la jurisdicción contenciosa que sancionaron la validez de dichos actos administrativos. El fundamento de la reclamación lo sitúa la actora en la incorrecta aplicación por parte de la Administración regional del artículo 14 LOCM, al considerar que éste no se adecua a las disposiciones contenidas en la Directiva 2005/29/CE, lo que en atención al principio de primacía del Derecho comunitario habría determinado el carácter no sancionable de las conductas que motivaron la imposición de las multas.

El controvertido precepto legal se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de derecho mercantil de la competencia, resultante de la regla 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución. En la actualidad, el artículo 14 LOCM ha sido modificado por el Real Decreto-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España, para adecuar su regulación a la establecida en la Directiva 2005/29/CE y de acuerdo con la interpretación que de la misma establece el TJUE en la sentencia de constante cita. Es de resaltar que, junto a este artículo de la Ley estatal, no se invoca en la reclamación precepto autonómico alguno cuyo aplicación hubiera dado lugar a la imposición de las multas controvertidas, de donde se deduce que aquéllas derivaron en exclusiva de la regulación contenida en el artículo 14 LOCM en relación con el 17 LCD, otra Ley de emanación también estatal.

A tal efecto, la jurisprudencia viene estableciendo como título de imputación de la responsabilidad derivada de los actos legislativos la de autoría o dictado de la norma a la que se vincula el daño. Así, por ejemplo, la STSJ Valencia de 27 de diciembre de 2001 -luego confirmada por la STS de 17 de noviembre de 2006-, al resolver sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial por las cantidades abonadas por una mercantil a la Administración tributaria valenciana en concepto de gravamen complementario del juego, procede a delimitar si se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial imputable a la Generalidad Valenciana o si, por el contrario, aquella responsabilidad ha de corresponder al autor de la norma con la que se vincula dicho gravamen, es decir, el Estado. Y lo hace en los siguientes términos:

"Entiende la Sala de instancia que si bien es cierto que contra la Generalidad Valenciana sería plenamente deducible la pretensión de devolución de ingresos indebidos, la pretensión de responsabilidad patrimonial debe deducirse ante la Administración del Estado, pues al ser una ley estatal la declarada inconstitucional, es la Administración del Estado la que debe pechar con el resarcimiento de los daños y perjuicios. En este sentido invoca la doctrina de esta Sala, concretamente la establecida en la sentencia de 13 de junio de 2000, por la que "el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El Estado, en su vertiente de legislador responsable de los perjuicios causados a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la ley declarada inconstitucional y, mientras la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado, la Administración gestora en el ámbito tributario puede haber sido la autonómica, como en el caso examinado, u otra de distinto carácter".

Por consiguiente, sigue razonando el Tribunal de instancia, no cabe apreciar la imputación de la responsabilidad por actos legislativos del Estado a la Administración autonómica, pudiendo la parte actora -si a su interés compete- dirigirse contra la Administración del Estado..."

Si bien el supuesto de la sentencia citada era el de responsabilidad del Estado legislador derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, lo cierto es que el criterio de imputación del daño al autor de la norma también resulta perfectamente trasladable al supuesto de la responsabilidad derivada de la aplicación de una disposición legal contraria al Derecho de la Unión Europea, como así se desprende de la STS de 18 de febrero de 2016, en la que se afirma:

"La relación de causalidad es exclusiva toda vez que el daño ocasionado al recurrente deriva de la aplicación de una ley estatal, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, (...) que alumbra el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos.

No se trata de determinar, a los efectos que ahora enjuiciamos, qué Administración o Administraciones se han beneficiado de los rendimientos de dicho impuesto, sino qué Administración o Administraciones son responsables de su implantación. Y si bien es cierto que la configuración del impuesto permite que junto al tipo estatal, se aprueben tipos impositivos adicionales por las Comunidades Autónomas, y así lo hicieron algunas, lo cierto es que es la citada Ley 24/2001 la que establece un diseño y estructura del impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea. Es el artículo 9 de la Ley 24/2001 el que trasgrede el artículo 3.2 de la Directiva de impuestos especiales armonizados, dando lugar al ingreso de cantidades económicas por la aplicación de un impuesto, cuya invalidez ha sido declarada. Manteniéndose en vigor durante más de diez años, sin que fuera derogado por quién tenía la competencia para hacerlo.

Téngase en cuenta, por lo demás, que estamos enjuiciando la legalidad de una denegación de reclamación por

responsabilidad patrimonial y no de una devolución de ingresos indebidos, pues ésta última, efectivamente, se presenta ante la Administración que ha recibido el ingreso indebido, mientras que en el caso de la responsabilidad patrimonial ante la Administración autora de la actuación que causa el daño que debe ser reparado.

Acorde con lo expuesto, por tanto, no estamos ante un supuesto de gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación, o de concurrencia de Administraciones en la producción del daño, previstos en artículo 140 de la Ley 30/1992. El daño tiene su origen exclusivo en la Ley 24/2001, que configura un impuesto que vulnera el Derecho comunitario y permite la creación de tipos adicionales por las Comunidades Autónomas. Lo relevante, en definitiva, es la concurrencia de los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial, determinando la acción que, de modo exclusivo, produce la lesión que debe ser indemnizada. Dicho de otro modo, la condición necesaria para ocasionar el perjuicio económico padecido por la parte recurrente es la Ley 24/2001, sin dicha actuación no se hubiera producido, en ninguna de las cantidades abonadas. Y ello no sucede con las leyes autonómicas que se dictaron, por algunas Comunidades Autónomas, al amparo de la citada Ley estatal".

Adviértase cómo la jurisprudencia vincula la responsabilidad por la aplicación del acto legislativo contrario al Derecho Comunitario no a la Administración ejecutora o aplicadora de la norma, sino a aquella entidad dotada de poder normativo que la dicta y aprueba, en la consideración de que el daño no nace de la mera actividad ejecutiva. Ésta es, si se quiere, una actuación debida o necesaria para la Administración que ejerce sus competencias al amparo del ordenamiento, pero es el conformador del Derecho, el legislador, el responsable último del diseño del sistema jurídico y de las instituciones que están en la base del daño. Y ello, incluso, aun cuando la potestad normativa corresponda también a otras entidades territoriales, a las cuales, sin embargo, no cabe considerar como responsables del daño cuando la regulación de ellas emanada no hace sino reproducir, desarrollándolo y concretándolo, el esquema o diseño de la regulación estatal.

Así, también, la reciente STS, Sala 3ª, de 14 marzo de 2019, que en un proceso en el que se ventila la responsabilidad patrimonial exigida al Estado por la aplicación de una Ley estatal que ha sido declarada contraria al Derecho Comunitario por el TJUE, se rechaza la alegación de litisconsorcio pasivo necesario de la Comunidad Autónoma de Cataluña con base en el siguiente razonamiento:

"La circunstancia de que las Comunidades Autónomas al amparo del artículo 48 de la citada Ley 22/2009 (...), hayan asumido competencias normativas sobre reducciones de la base imponible, tarifa del impuesto, cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente y deducciones y bonificaciones de la cuota, no permite considerar que la diferencia de trato que contempla la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga origen en la normativa autonómica y, en consecuencia, [sea] imputable a la Administración de cada Comunidad.

La diferencia de trato que observa la sentencia deriva de la regulación que la Ley estatal 22/1999 ofrece de los puntos de conexión en el artículo 32, sin que por ello apreciase responsabilidad alguna por las Comunidades autónomas.

Los fundamentos jurídicos 62 y 63 de la sentencia del Tribunal de Justicia que hemos transcrito revelan que es el criterio de conexión de la legislación española la que da origen al trato diferenciado que se declara disconforme con el derecho europeo".

A la luz de tales consideraciones no cabe sino concluir que la mera aplicación del artículo 14 LOCM no puede

llevar a imputar el daño que se reclama a la Administración regional, sino en su caso al Estado, como autor del acto legislativo del que deriva el daño y que se aparta de lo establecido en el Derecho de la Unión Europea.

TERCERA.- Procedimiento y órgano competente para resolver.

I. No se advierten carencias esenciales en la instrucción del procedimiento, constando la realización de los trámites preceptivos como el informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño y el trámite de audiencia a la mercantil reclamante, así como la solicitud del presente Dictamen, a pesar de ser calificado éste por la propuesta de resolución como no preceptivo.

II. Cuando de reclamaciones por actos legislativos se trata, la competencia para resolver recae en el máximo órgano de gobierno de la Administración reclamada, en este caso, el Consejo de Gobierno, como se deduce del artículo 92 LPACAP y de la jurisprudencia anterior a este precepto que, de forma consolidada, venía residenciando dicha competencia resolutoria ora en el Consejo de Ministros ora en el respectivo superior órgano ejecutivo de la correspondiente Administración.

El Tribunal Supremo ha manifestado -entre otras en sus sentencias de 15 de julio de 1987 y de 8 de enero de 1998, y Auto de 19 de junio de 2003- que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial derivados de un acto legislativo, corresponde la competencia de su resolución al Consejo de Ministros, *"al encarnar (...) la unidad de la Administración y ser partícipe y ostentar la máxima representación del poder ejecutivo del Estado"*, y *"(...) por tratarse de una responsabilidad resultante, no de la actividad de la Administración, sino de acto legislativo no atribuible a ningún departamento ministerial"*.

Del mismo modo, en Sentencias de 16 de diciembre de 2004 o de 17 de diciembre de 2010, reafirmaba que *"sólo el Consejo de Ministros puede pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad del Estado legislador y sus pronunciamientos sólo pueden ser objeto de revisión jurisdiccional por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo ya que la presunta privación de derechos económicos por un acto legislativo, sin concreción, por tanto, en ningún departamento ministerial, corresponde enjuiciarla al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se le atribuye la función ejecutiva conforme al artículo 97 de la Constitución que, al no venir radicada en este caso en una rama determinada de la Administración, corresponde al titular de dicha gestión administrativa, es decir, al Estado en su conjunto y totalidad"*.

Así lo ha venido admitiendo igualmente sin fisuras el Consejo de Estado en numerosos dictámenes al afirmar la competencia del Consejo de Ministros en estos casos. En este sentido, expresa en el Dictamen 5114/1997, de 23 de octubre, que *"el órgano competente para resolver este tipo de reclamaciones es el Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se atribuye la función ejecutiva (artículo 97 de la Constitución). Al imputarse los eventuales daños y perjuicios al Estado legislador tal circunstancia hace parcialmente inaplicables las reglas generales de orden competencial y procedimental, sin perjuicio de las facultades de instrucción del expediente en cuestión, que corresponderá, en cada caso, al departamento ministerial que tenga atribuida la competencia sobre las materias más afines al fondo del asunto"*. En análogo sentido, los Dictámenes 26/2013 y 602/2014.

Aplicando esta doctrina al ámbito autonómico hay que concluir que la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial sustanciado, fundado en la aplicación de actos legislativos, corresponde al máximo

órgano ejecutivo autonómico, esto es, al Consejo de Gobierno, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 6/2004 y no a la Consejería consultante, por más que ésta sí sea la competente para su tramitación, dado que se trata de la aplicación de un precepto afectante al comercio interior. En el mismo sentido, nos pronunciamos en el Dictamen 32/2016 de este Consejo Jurídico.

También han expresado su parecer consonante con la interpretación aquí defendida los órganos consultivos de otras Comunidades Autónomas. Así, el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, en su Dictamen 428/2013, alcanza la conclusión de que la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial sustanciado, fundado en la aplicación de actos legislativos, corresponde al máximo órgano ejecutivo autonómico. De igual modo, el Dictamen 53/2003 de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, que considera siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo, que debe ser el Gobierno, órgano superior de la Administración titular de la función ejecutiva, el que resuelva la petición, aunque también señala que la instrucción debe ser realizada por un departamento para cuya selección cabe aplicar el criterio del competente por razón de la materia que aborde la Ley, cuya inconstitucionalidad ampara la pretensión indemnizatoria. Asimismo el Consejo Consultivo de Baleares, en su Dictamen 69/2001, sostiene que al derivarse la reclamación de la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo del Parlamento Autonómico la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial corresponde al Consell de Govern de las Islas Baleares, como máximo órgano de la Comunidad.

CUARTA.- De los requisitos para la declaración de responsabilidad por la aplicación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea: falta de acreditación de su concurrencia.

I. Sin perjuicio de que la ausencia de legitimación pasiva de la Administración regional ya sería suficiente para desestimar la reclamación formulada, procede a continuación efectuar un breve y sintético repaso por los requisitos que el artículo 32.5 LRJSP exige para declarar la responsabilidad por la aplicación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, lo que permite advertir que algunos de ellos tampoco concurren en el supuesto sometido a consulta, fundamentando aún más la resolución desestimatoria de la reclamación que habrá de dictarse.

En efecto, de conformidad con el artículo 32.5 LRJSP, para que la lesión derivada de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea sea indemnizable, el particular debe haber obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho comunitario posteriormente declarada. Además, habrán de cumplirse los siguientes requisitos: a) la norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) el incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; y c) ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Ya antes de su positivización en la LRJSP, la jurisprudencia había ido perfilando estos requisitos como de necesaria concurrencia para declarar la responsabilidad de los Estados Miembros por el incumplimiento del Derecho europeo. Así, habían sido establecidos como sigue: a) que la norma europea violada pudiera considerarse una norma atributiva de derechos a los particulares; b) que la violación fuera suficientemente caracterizada; y c) que hubiera una relación de causalidad directa entre los daños sufridos y aquella violación (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pecheur/Factortame*, y de 24 de marzo de 2009, *Dauske Llagterier*, entre otras).

Lo que haya de entenderse por violación del Derecho de la Unión Europea suficientemente caracterizada lo resume la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 14 de marzo de 2019, sintetizando la jurisprudencia europea, en los siguientes términos: "...para atribuir el calificativo de suficientemente caracterizada o lo que es lo mismo, si la infracción debe reputarse como manifiesta y grave, ha de tenerse en cuenta una reiterada jurisprudencia que si bien reconoce que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de ese requisito, ha venido estableciendo pautas orientativas, entre las que cabe citar las siguientes: a) el grado o nivel de claridad o precisión de la norma vulnerada, b) el mayor o menor margen de apreciación de que disponga el estado miembro respecto a la norma vulnerada, c) el carácter intencionado o involuntario de la infracción o del perjuicio, d) la naturaleza excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, e) la hipotética contribución de una institución comunitaria en la comisión de la infracción, y f) el mantenimiento en el tiempo de medidas contrarias al derecho comunitario (SSTJUE de 5 de marzo de 1996, caso *Brasserie Du Pêcheur S.A.*, de 26 de marzo de 1996, ya citada, o los casos *Dillenkofer*, de 8 de octubre de 1996 y *British Telecommunications*, y las de esta Sala de 12 de junio de 2003 -recurso 46/1998- y 18 de enero de 2016 -recurso 194/2015-, entre otras)".

La Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (Dictamen 211/2015), por su parte, siguiendo la doctrina ya señalada y en atención a los principios de equivalencia y efectividad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2010, caso *Transportes Urbanos*), pone de relieve que *"la responsabilidad por infracción de derecho europeo no podría resultar menos favorable que la aplicación de los criterios internos de responsabilidad patrimonial por anulación de actos administrativos, que es el supuesto con el que guarda una analogía sustancial. Y, en este sentido, la doctrina de esta Comisión, coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exige el requisito de que se produzca una desatención normativa flagrante o un apartamiento manifiesto de la legalidad. Es decir, que se haya incurrido -como dice la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 26 de enero de 2006, *Medici Grimm*- "en una irregularidad que no habría cometido una Administración normalmente prudente y diligente"* (la traducción del original en catalán es nuestra).

II. A la luz de los indicados requisitos legales y criterios interpretativos ofrecidos por la jurisprudencia y los órganos consultivos, ha de ponerse de manifiesto que la mercantil reclamante ningún esfuerzo ha realizado en orden a acreditar o justificar la concurrencia de los mismos en el supuesto sometido a consulta, lo que, como es lógico, opera en contra de su pretensión indemnizatoria.

1. Así, en primer lugar, es cierto que concurre el requisito relativo a la obtención de sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, pues así se ha acreditado en el expediente mediante la aportación de las copias de tres resoluciones judiciales que desestiman, al menos en parte, las pretensiones impugnatorias de la entidad hoy reclamante. Sin embargo, no se ha llegado a probar que durante la sustanciación de las actuaciones judiciales, ni tampoco en la vía administrativa previa (alegaciones frente a la propuesta de resolución en los tres procedimientos sancionadores y los oportunos recursos de reposición), la actora invocara en defensa de sus posiciones jurídicas *"la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada"*. Es decir, la interesada no llegó a alegar en ningún momento anterior a la reclamación de responsabilidad patrimonial que la conducta infractora que había motivado la incoación de los respectivos expedientes sancionadores no era punible conforme a la Directiva 2005/29/CE o que el artículo 14 LOCM en relación con el 17 LCD no se adecuaban a lo establecido en dicha norma.

2. En cuanto a que la norma europea infringida sea atributiva de derechos, lo cierto es que *prima facie* y atendido el objeto de la indicada Directiva, no parece concurrir dicho requisito en la medida en que la norma se dirige a disciplinar las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, protegiendo los intereses económicos de éstos frente a aquéllas, como de forma taxativa señala el Considerando 8 de la misma: *"la presente Directiva protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores"*. De modo que, si algún derecho atribuye la Directiva, su titular serían los consumidores, no las empresas, resultando difícil de

admitir un pretendido derecho de éstas a realizar ventas a pérdida, dados los perniciosos efectos que tal práctica puede producir en el mercado.

En cualquier caso, el nulo esfuerzo argumentativo de la reclamante en relación con la concurrencia de este requisito no parece exigir un mayor razonamiento por nuestra parte, sin perjuicio de advertir que la propuesta de resolución incurre en el error de considerar que la norma que ha de otorgar derechos a los particulares sería la legislación nacional, en este caso el artículo 14 LOCM, y no la europea, lo que habría de ser corregido.

3. Otro tanto cabría decir de la exigencia relativa a que la infracción del derecho europeo sea suficientemente caracterizada. En efecto, la reclamante guarda silencio a la hora de acreditar o justificar la concurrencia de este requisito central en el esquema de la responsabilidad derivada de la aplicación de una normativa contraria al Derecho europeo. De hecho, ni siquiera llega a alegar que se haya producido, pues cuando subsume los hechos del caso en la regulación contenida en el artículo 32.5 LRJSP, afirma que concurren los requisitos a su entender allí exigidos y que identifica con los siguientes: a) la existencia de una lesión; b) que se haya aplicado de forma contraria al Derecho Europeo una normativa nacional, para lo que se limita a remitir a lo señalado en la STJUE de 19 de octubre de 2017; y c) que el daño se haya producido en los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia europea.

La insuficiencia de dicha argumentación a los efectos de la reclamación presentada se hace más palmaria si cabe cuando los informes de la Dirección General de Comercio obrantes en el expediente y a los que pudo tener acceso la actora con ocasión del trámite de audiencia, advertían que atendido el tiempo en el que se dictaron las resoluciones sancionadoras, todas ellas anteriores al 12 de junio de 2013, aquéllas se ajustaban a lo previsto en la propia Directiva. En particular a lo establecido en su artículo 3.5, que habilitaba para que durante un plazo de seis años y con sujeción a los condicionantes allí fijados, los Estados miembros pudieran seguir aplicando disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que contenía la Directiva. Es decir, no sólo no se habría producido un incumplimiento suficientemente caracterizado, sino que ni siquiera se habría incurrido en infracción alguna.

Para poder alcanzar esta última conclusión, es decir, la ausencia de infracción de la normativa europea, la propuesta de resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial debería haber analizado si se daban los condicionantes que el propio artículo 3.5 de la Directiva establecía al efecto -que las medidas más exigentes o restrictivas previstas en la normativa nacional fueran no sólo indispensables para que los consumidores estén adecuadamente protegidos de las prácticas comerciales desleales, sino también proporcionadas a ese objetivo-, y lo cierto es que no lo hace. No obstante, el carácter indeterminado de los conceptos jurídicos (indispensables y proporcionadas) utilizados por la norma europea como criterio de admisibilidad de las disposiciones nacionales más exigentes o restrictivas que las establecidas por la propia Directiva, impiden considerar a simple vista y sin una adecuada argumentación, que el artículo 14 LOCM incurriera en una vulneración flagrante, grave y manifiesta de lo establecido en la Directiva, suficiente para integrar el requisito de infracción suficientemente caracterizada que exige el artículo 32.5 LRJSP para declarar la responsabilidad.

Máxime cuando se advierte que la Sentencia del TJUE en la que se basa la reclamación no efectúa consideración alguna acerca de la compatibilidad del artículo 14 LOCM con la Directiva durante el indicado período de seis años, toda vez que la sanción que se discutía en el litigio principal que motivó la formulación de la cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Murcia, fue impuesta a la empresa distribuidora de alimentos y productos domésticos entonces demandante el 23 de febrero de 2015, cuando ya había expirado el indicado sexenio.

Las circunstancias expuestas refuerzan la obligación de la reclamante de justificar que se habría producido un incumplimiento suficientemente caracterizado del Derecho europeo por la aplicación del artículo 14 LOCM en los procedimientos sancionadores de los que fue objeto la ahora actora, por lo que la ausencia, no ya de acreditación sino incluso de alegación y razonamiento acerca de la concurrencia de tal requisito de la responsabilidad patrimonial instada, impide su declaración.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en tanto que advierte la ausencia de legitimación pasiva de la Administración regional (Consideración Segunda) y no aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial, según lo razonado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería consultante, conforme se indica en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.