



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **464/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 23 de diciembre 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 11 de marzo de 2019, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en nombre y representación de la mercantil --, como consecuencia de los daños sufridos por una sanción impuesta en materia de comercio (expte. **100/19**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2018 D. X, actuando en nombre y representación de la mercantil --, formula por procedimiento electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional como consecuencia del daño que se le ocasionó porque la Dirección General de Comercio consideró que la empresa había incurrido en actos de venta a pérdida y le impuso en junio de 2015, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), una sanción de forma contraria a lo previsto en la normativa de la Unión Europea.

Según explica el representante de la empresa interesada, el citado órgano directivo promovió la incoación del procedimiento sancionador núm. 4I15SA0021 por el que se le impuso finalmente una sanción de 4.000 euros, que es la cantidad por la que solicita una indemnización.

Sin embargo, como ya tuvo ocasión de alegar durante la tramitación de dicho expediente, entiende que la venta a pérdida *per se* no debe ser sancionada puesto que no es una conducta prohibida, salvo en los casos en los que concurren los requisitos previstos en el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

Por esa razón, argumenta que la aplicación aislada del citado artículo 14 LOCM no sólo vulneraba el ordenamiento jurídico español sino también el Derecho de la Unión Europea y, concretamente, 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).

En ese mismo sentido, explica que se razonaba en aquel procedimiento que la resolución sancionadora era contraria a la doctrina establecida en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 1991 (asunto *Akzo*) y 14 de noviembre de 1996 (asunto *Tetrapack*).

A eso añade que con fecha 29 de junio de 2017, el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha confirmado esa consideración. Así, ante una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia sobre la interpretación de la citada Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, ha concluido lo siguiente:

"La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe con carácter general proponer o realizar ventas con pérdida y que establece excepciones a tal principio basadas en criterios que no figuran en la citada Directiva".

También establece que *"El Tribunal de Justicia declaró que las prácticas consistentes en poner a la venta o vender bienes a pérdida no figuran en el anexo I de la Directiva 2005/29 y que, por consiguiente, no pueden prohibirse "en cualquier circunstancia" sino solamente a raíz de un análisis específico que permita comprobar su carácter desleal".*

A continuación, expone que ese dictamen fue ratificado por la Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017, que declara textualmente que *"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, (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, 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, entiende que la Administración regional aplicó incorrectamente la normativa nacional y que le provocó por ello un daño importante a esa mercantil que debe ser reparado, que se concreta en la citada cantidad de 4.000 euros, que es la cantidad que dice que se abonó como consecuencia de la sanción que se ha indicado.

Apunta, asimismo, que la existencia de un conflicto entre el Derecho comunitario y la norma nacional causado por una incompatibilidad entre ambos ordenamientos debe motivar la aplicación inmediata de la norma comunitaria y la declaración de inaplicación de la norma nacional sin esperar a que sea expresamente derogada o declarada inconstitucional.

En relación con el requisito del plazo previsto en el artículo 67 de la Ley de la 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), para interponer la acción de resarcimiento, señala que se ha hecho antes de que haya vencido el plazo de un año desde la publicación de la citada Sentencia del TJUE. Advierte, de igual modo, que el daño se produjo dentro de los cinco años anteriores a la publicación de la citada Sentencia y destaca que, como ha acreditado, *"las sentencias dictadas en los procedimientos sancionadores, son de fechas posteriores al 2012".*

Junto con la solicitud de indemnización aporta una copia de la resolución dictada el 22 de junio de 2015 por la Directora General de Consumo, Comercio y Artesanía, por encargo transitorio debido a vacante en el cargo del titular de la entonces Consejería de Industria, Turismo, Empresa e Innovación. En ella se resuelve imponer a la mercantil interesada las siguientes sanciones:

1- Multa de 3.001 euros, por la infracción consistente en ofertar o realizar ventas al público con pérdida de ciertos productos que menciona.

2.- Multa de 1.000 euros, por la infracción consistente en anunciar unidades limitadas sin informar sobre el número total de las mismas en esos productos.

También acompaña una copia de las *Conclusiones* presentadas por el Abogado General del TJUE el 29 de junio de 2017 y la citada Sentencia del TJUE de 19 de octubre de ese año. Finalmente, adjunta copias de dos escrituras de apoderamiento otorgadas en su favor, a su vez, por otros apoderados debidamente facultados para ello por la empresa reclamante.

SEGUNDO.- La Secretaria General de la Consejería consultante, por delegación del Consejero, dicta el 12 de diciembre de 2018 un acuerdo por el que resuelve admitir a trámite la solicitud de indemnización presentada.

No obstante, dispone asimismo que quede en suspenso la tramitación del procedimiento hasta que la reclamante mejore su solicitud en los siguientes términos:

1.- Determine con exactitud la cuantía del daño alegado ya que la suma de los importes de las dos sanciones impuestas no se corresponde con la reparación económica que se solicita.

2.- Fundamente la exigencia de responsabilidad respecto de la segunda infracción puesto que, *a priori*, no parece guardar relación con la fundamentación que se ha expuesto acerca de la concurrencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial.

3.- Aporte una declaración sobre si por esos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas.

TERCERO.- A instancia del órgano instructor el 6 de noviembre de 2011, un Técnico Consultor de la Dirección General de Comercio, Consumo y Simplificación Administrativa emite un informe en el que formula las siguientes conclusiones:

"Primera: Analizando los plazos establecidos legalmente, la reclamación se realiza en fecha 19 de octubre de 2018, dentro del plazo de un año establecido legalmente, desde la publicación de la Sentencia (19 de octubre de 2017), y se remite a una Resolución sancionadora que quedó firme en fecha 20 de febrero de 2016, dentro del plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia.

Así mismo, la Resolución sancionadora se dicta en fecha 14 de enero de 2016, fuera del plazo de seis años para la aplicación de la Directiva 2005/29/CE, que permitía disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que ésta contenía, venciendo dicho plazo el 12 de junio de 2013.

Segunda: Respecto al daño alegado, éste viene dado por la imposición de una sanción, siendo por tanto un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona, en este caso, persona jurídica.

Tercera: Finalmente debemos concluir que efectivamente se aplicó una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, habiéndose obtenido sentencia firme del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en ese sentido, y si bien no se cumple estrictamente el primer requisito señalado en el artículo 32.5 de la Ley 40/2015, toda vez que la norma no tiene por objeto conferir derechos a los particulares, sino una prohibición de conducta comercial (la venta con pérdida, que pretendió establecer unas reglas de juego en el sector de la distribución y regular nuevas fórmulas contractuales, aspirando también, a ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia), sí queda constatado el incumplimiento suficientemente caracterizado, y la 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 el particular, al imponerle una sanción.

Cuarta: Sin embargo no se puede estar conforme a la cantidad solicitada de 4.000€ para su devolución, toda vez que la sanción impuesta por la infracción de venta con pérdida, que fue aplicada por una norma contraria a la normativa europea, fue de 3.001€, habiendo impuesto otra sanción de 1.000€ por otra infracción en materia de comercio. Por lo que procedería en su caso una devolución de 3.001€".

CUARTO.- El 1 de febrero de 2019 se concede audiencia a la mercantil interesada para que pueda formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes pero no consta que haya hecho uso de ese derecho.

QUINTO.- Con fecha 21 de febrero de 2019 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial administrativa.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 11 de marzo de 2019.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en los artículos 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Acerca de esta cuestión conviene destacar que en el Fundamento de Derecho sexto de la propuesta de resolución se pone de manifiesto que no resulta preceptiva la emisión de Dictamen por parte de este Órgano consultivo porque la cuantía de la indemnización reclamada es inferior a los 50.000 euros a los que se refiere el referido artículo 81.2 LPACAP.

Sin embargo, resulta necesario hacer una remisión a lo que se señala en la Memoria del Consejo Jurídico de la Región de Murcia correspondiente al año 2011. En ella se alude a 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, que se llevó a efecto por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo un límite cuantitativo a las pretensiones indemnizatorias como criterio determinante de la preceptividad del dictamen de los órganos consultivos, en términos sustancialmente idénticos a los que ahora se recogen en el artículo 81.2 LPACAP ya citado.

Se señalaba allí la compatibilidad entre la normativa básica del procedimiento administrativo común y el artículo 12.9 LCJ, con la consecuencia, en lo que aquí interesa, de mantener la preceptividad de la consulta a este Consejo Jurídico en los supuestos de procedimientos de responsabilidad patrimonial que se formulen ante la Administración regional, con independencia de su cuantía.

SEGUNDA.- Plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento y legitimación.

I. En relación con el análisis del requisito temporal de la reclamación, se debe anticipar que el artículo 32.5 LRJSP contempla la posibilidad de que se reclame por la producción de una lesión que sea consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea. A eso añade el apartado 6 de ese artículo que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el *"Diario Oficial de la Unión Europea"* (DOUE), salvo que en ella se establezca otra cosa.

En los mismos términos, el artículo 67.1, tercer párrafo, LPACAP establece que en ese caso el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el DOUE de la sentencia que declare su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

En este caso, la publicación oficial de la citada resolución se llevó a efecto el 11 de diciembre de 2017 (DOUE C 424/10) y no cabe duda, en consecuencia, de que la interposición de la acción de resarcimiento por vía telemática el 23 de noviembre de 2018 se produjo dentro del plazo establecido al efecto y, por ello, de forma temporánea.

Acerca de este mismo elemento temporal hay que destacar que, en orden al reconocimiento de una posible indemnización, el artículo 34.1 LRJSP, párrafo segundo, dispone que en el caso de responsabilidad patrimonial al que se refiere artículo 32.5 de la misma Ley, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa -lo que no se ha producido en esta ocasión-.

Ya se ha puesto de manifiesto que la sentencia del TJUE se publicó el 11 de diciembre de 2017 por lo que sólo serían indemnizables los posibles daños que se hubiesen causado con posterioridad al 11 de diciembre de 2012. También en este supuesto se da cumplimiento a esta exigencia dado que la sanción por la que se reclama se impuso definitivamente, en vía administrativa, por orden del Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo de 14 de enero de 2016 (folio 129 del expediente administrativo).

II. La mercantil reclamante goza de la condición de interesada en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la lesión patrimonial que le produce haber sido sancionada por la comisión de la infracción que se ha puesto de manifiesto. En consecuencia, se le debe reconocer legitimación activa para instar dicho resarcimiento económico al amparo de lo establecido en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (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 atribuirle a la actuación de la Administración regional o si, por el contrario, la responsabilidad correspondería al Estado.

A tal efecto, ha de partirse del hecho de que nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial no ocasionada por una eventual nulidad o anulabilidad de la resolución sancionadora que impuso la multa citada -cuyo importe ahora se reclama-, pues no consta que se interpusiese el recurso contencioso-administrativo correspondiente.

Conviene aclarar desde este momento inicial, aunque sea brevemente, que pese a que la interesada solicita en su escrito -parece que por error, puesto que la suma sería de 4.001 euros- un resarcimiento de 4.000 euros por habérsele impuesto dos multas de 3.001 y 1.000 euros, respectivamente, sólo se va a hacer alusión aquí a la primera de ellas, dado que en realidad es la que interesa y la que guarda relación con la discusión que aquí se ventila.

Así pues, de manera contraria, 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 la conducta que motivó la imposición de la multa mencionada.

Resulta necesario recordar que el controvertido precepto legal se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al 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 a la que ya se hizo mención. 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 norma 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 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 27 de diciembre de 2001 -luego confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo 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 Sentencia del Tribunal Supremo 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 aquél ente público dotado 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 Sentencia del Tribunal Supremo, 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 seguido 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 que se haya calificado en 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, en relación con el 32.3 LRJSP, 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 en el 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 núm. 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, cabe citar los Dictámenes núms. 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, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, y no a la Consejería consultante, por más que ésta sí que 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 núm. 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 núm. 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 núm. 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 núm. 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 por sí misma para desestimar la reclamación formulada, procede efectuar a continuación 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 precepto citado, 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 TJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, y de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier*, entre otras).

Lo que haya de entenderse por violación del Derecho de la Unión Europea suficientemente caracterizada lo resume la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la 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 núm. 211/2015), por su parte, siguiendo la doctrina ya señalada y en atención a los principios de equivalencia y efectividad (Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010, caso *Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L.*), 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, resulta evidente que no concurre en este caso el requisito de que se haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, ya que ni se ha alegado esa circunstancia ni se ha acreditado de ningún modo. Ni, en consecuencia, se cumple el requerimiento de que la interesada haya planteado en algún momento anterior a la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial que la conducta infractora que había motivado la incoación del procedimiento sancionador no fuese 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, sus titulares serían los consumidores, no las empresas, por lo que resulta difícil 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 de la Unión Europea. 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, c) que el daño se haya producido en los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia europea y d) que la reclamación se presente en el plazo de un año desde que se haya publicado la

Sentencia del TJUE que declaró la oposición del artículo 14 LOCM a la regulación contenida en la Directiva 2005/29/CE.

En consecuencia, la falta de alegación y razonamiento acerca de la concurrencia de tal requisito de la responsabilidad patrimonial instada, impide que se pueda declarar tampoco el cumplimiento de ese último requisito. Así pues, se debe concluir que no existe 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 la empresa interesada, lo que debe conducir a la desestimación de la reclamación formulada.

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 de este Dictamen) y no aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial, según lo razonado en la Consideración cuarta.

SEGUNDA.- Se advierte, asimismo, que el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería consultante, de acuerdo con lo que se indica en la Consideración tercera.

No obstante, V.E. resolverá.