

Acuerdo n°: **11/17**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía
del Gobierno**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.11.17**

ACUERDO del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 16 de noviembre de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido de oficio, mediante tramitación abreviada, consecuencia del Convenio firmado el 28 de julio de 2017 por la Comunidad de Madrid y RETEVISIÓN I, S.A.U. (en adelante, “*la empresa*”) para la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de octubre de 2017 tuvo entrada en el registro de esta Comisión Jurídica Asesora solicitud de dictamen preceptivo en relación con el procedimiento de responsabilidad patrimonial citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 431/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su reunión del día 16 de noviembre de 2017.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del presente dictamen los que a continuación se relacionan:

-La Comisión Europea en su Decisión de 19 de junio de 2013 relativa a la ayuda estatal S.A. 28599 concedida por el Reino de España para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas (excepto en Castilla La Mancha) declaró la incompatibilidad con el mercado interior de la ayuda concedida a los operadores de la plataforma de televisión digital terrestre, así como su ilegalidad, por haber sido ejecutada con infracción del artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ordenando la recuperación de la ayuda concedida a los beneficiarios directos e indirectos, con el fin de restablecer la situación que existía en el mercado antes de su concesión.

En este sentido, el considerando 176 indica: *“Se considera que la financiación concedida por España (incluidas las ayudas concedidas por las Comunidades Autónomas españolas y las corporaciones locales) a los operadores de red terrestre para la mejora y digitalización de su red con el fin de ofrecer canales de televisión en abierto en la zona II*

constituye ayuda a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. La ayuda no es compatible con el mercado común en la medida en que no se cumplió el criterio de neutralidad tecnológica. Por otra parte, la ayuda no fue notificada a la Comisión como exige el artículo 108, apartado 3, del TFUE y fue concedida ilegalmente sin autorización de la Comisión. Por todo ello, ha de ser recuperada de los operadores de red terrestre”.

Prosigue indicando el considerando 177

“Además, la Comisión considera que también es incompatible la ayuda en curso destinada a la explotación y el mantenimiento de la red digitalizada y concedida sin mediar licitaciones o a raíz de licitaciones que no eran neutras tecnológicamente. Esta ayuda tampoco fue notificada a la Comisión como exige el artículo 108, apartado 3, del TFUE y fue concedida ilegalmente sin autorización de la Comisión.

(...)

Por tanto, dado que la financiación destinada a la mejora y digitalización de la plataforma terrestre y el posterior mantenimiento y explotación concedida en España desde el periodo 2008-2009, es ayuda ilegal e incompatible, se debe exigir a España que recupere la ayuda incompatible con el fin de restablecer la situación que existía en el mercado antes de su concesión”.

En el caso concreto de la Comunidad de Madrid, el considerando 194 dice:

“En el caso de Madrid, donde la licitación organizada por la empresa pública AICCM se presentó como ejemplo de licitación tecnológicamente no neutra para la extensión de cobertura (...), el importe de 3.622.744 euros concedido a la empresa contratada,

RETEVISIÓN S.A., deberá ser recuperado en su integridad de RETEVISIÓN, en su calidad de adjudicataria de la licitación no neutra, y sustraído del importe que se ha de recuperar de AICCM, la empresa pública que es la beneficiaria directa”.

-Para hacer efectiva la recuperación de dicha ayuda, el 30 de enero de 2014 el viceconsejero de Presidencia e Interior y secretario general del Consejo de Gobierno requirió a la empresa el reintegro de 156.740,11 euros y la Orden 1146/2014, de 2 de junio, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno desestimó el recurso de alzada interpuesto, resoluciones que son anuladas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia 166/2016, de 31 de marzo, cuya parte dispositiva, dice:

“DEBEMOS ESTIMAR EN PARTE el presente recurso nº 904/2014 interpuesto por (...) en nombre de la mercantil RETEVISIÓN ISAU contra la Orden 1146/2014 de fecha 2 de junio del Sr. Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía de la Comunidad de Madrid por la que se desestimó el recurso de alzada formulado por RETEVISIÓN I, S.A.U. contra la resolución de fecha 30 de enero de 2014 del Viceconsejero de Presidencia e Interior y Secretario General del Consejo de Gobierno por la que se requiere a dicha mercantil para que proceda al reintegro de la cantidad percibida para las actividades de extensión de la TDT. Resoluciones que anulamos ordenando a la Comunidad de Madrid a que incoe un procedimiento para fijar la cantidad a reintegrar por el recurrente con observancia del principio de audiencia y garantizando el principio de indemnidad del contratista consagrado en los arts. 35 y 37 del TRLCAP. No se hace pronunciamiento en orden a las costas de esta instancia”.

No existe constancia documental de la firmeza de dicha sentencia en el expediente remitido.

-Por resolución de 13 de noviembre de 2015, el viceconsejero de Presidencia y Justicia requiere a la empresa el reintegro de 2.202.427,92 euros, como fondo recibido para las actividades de extensión de la TDT. El recurso de alzada interpuesto por la empresa, se desestima por Orden 974/2016, de 18 de marzo de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno.

-Obra en los folios 62 a 76, un informe de 3 de marzo de 2017 de la letrada jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno en relación con un proyecto de convenio entre la Comunidad de Madrid y la empresa para la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013. En sus conclusiones, recoge que la recuperación de la ayuda exige la incoación de un procedimiento en el que deberá darse audiencia a la empresa, por lo que respecta a la garantía de indemnidad del contratista concluye que habrá de hacerse efectiva con sujeción a los procedimientos previstos en el TRLCSP, indicando los supuestos en los que cabe la posibilidad de tramitar un expediente de convalidación de deuda.

-El 27 de junio de 2017 el jefe de División de Audiovisual suscribe una memoria económica justificativa de las cantidades a devolver por RETEVISIÓN I, S.A.U. Manifiesta que se han mantenido reuniones con la Comisión e indicaciones del Ministerio competente que determinaron la reclamación a la empresa de 156.740,11 euros y con posterioridad, siguiendo instrucciones de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea la cantidad objeto de reclamación ascendió a 2.202.427,92 euros, por lo que la cantidad total a reclamar a la empresa alcanza la cantidad, de 2.359.168,03 euros.

También expresa la memoria: *“RETEVISIÓN I, S.A.U. adjudicataria del concurso, cumplió con el mismo a plena satisfacción de la Comunidad de Madrid. Ambas partes actuaron de buena fe y el hecho de que unas*

determinadas ayudas sean declaradas ilegales por la Comisión y susceptibles de recuperación no implica sanción alguna. La Comunidad de Madrid, fruto de la Decisión de la Comisión, incurriría en enriquecimiento injusto si, recuperadas las ayudas, dejase sin abonar las cantidades resultantes de los trabajos satisfactoriamente ejecutados, en virtud de un contrato por RETEVISIÓN I S.A.U”.

-El 28 de julio de 2017 el consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno y la empresa suscriben un convenio para la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013, con las siguientes cláusulas:

“Primera.- RETEVISIÓN I, S.A.U. en cumplimiento de la Decisión de la Comisión (19.6.2013) ingresará la cantidad de 2.359.168,03 euros en la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Segunda.- La Comunidad de Madrid acreditara a la Comisión Europea el cumplimiento de la Decisión en todos sus términos.

Tercera.- Si no se produce el ingreso por parte de RETEVISIÓN I, S.A.U., se considerará nulo el convenio y se continuará con el expediente administrativo iniciado para la recuperación efectiva.

Cuarta.- La Comunidad de Madrid, recibido el ingreso en la Tesorería, iniciará de oficio y de forma inmediata, un expediente de responsabilidad patrimonial al efecto de respetar el principio de indemnidad del contratista, tal como se fija en la sentencia nº 166/2016, de la Sección Octava, Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de conformidad con lo previsto en los artículos 35 y 37 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

-El 6 de septiembre de 2017, RETEVISIÓN I, S.A.U. abona a la Comunidad de Madrid el importe estipulado por las partes en la cláusula primera del citado Convenio.

TERCERO.- Del específico procedimiento de responsabilidad patrimonial, se reflejan las siguientes actuaciones:

1.- De conformidad con lo prevenido en los apartados 1 y 4 del artículo 96 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) la jefe de Área de Régimen Jurídico y Actuación Administrativa dicta resolución el 13 de septiembre de 2017 por la que se inicia de oficio un procedimiento simplificado de responsabilidad patrimonial.

Considera, que existe un *“interés público evidente”* puesto que tras la firma del convenio suscrito el 28 de julio de 2017, la empresa ha cumplido la obligación de pago del importe en el previsto y *“además la Comunidad de Madrid está obligada a cumplir la sentencia nº 166/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que le exige garantizar el principio de indemnidad del contratista”*.

También califica de *“INEQUIVOCA”* la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión *“(…) habida cuenta que, en primer lugar, existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión patrimonial del afectado RETEVISIÓN I. S.A.U. La Comunidad de Madrid contrató con la citada mercantil la extensión de las señales de televisión digital en zonas remotas y menos urbanizadas. Por convenio con la Comunidad de Madrid, en cumplimiento de la Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2013, la mercantil ha devuelto el total correspondiente de los fondos a recuperar, recibidos para la realización del servicio contratado de extensión de la TDT, que ha realizado a plena satisfacción de la Comunidad de Madrid generando un beneficio acreditado por el evidente*

mantenimiento de las señales de televisión digital en las zonas afectadas. Dicho servicio y beneficio, de hecho actualmente no remunerados, genera una incuestionable lesión patrimonial para la mercantil, a la vez que un enriquecimiento injusto en la Comunidad de Madrid”.

Por todo ello, acuerda:

“PRIMERO.- INICIAR de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDO.- SUSPENDER la tramitación del citado procedimiento general.

TERCERO.- TRAMITAR un procedimiento abreviado para la resolución de la mencionada responsabilidad patrimonial de la Administración”.

También indica el acuerdo que el procedimiento deberá resolverse en un plazo de treinta días, con audiencia al interesado para alegaciones por un plazo de cinco días.

2.- El acuerdo de inicio del procedimiento se notifica por vía telemática al interesado el mismo día, 13 de septiembre de 2017, y presenta alegaciones el 18 de septiembre de 2017 (folios 92 y 93). Manifiesta su conformidad con el contenido del acuerdo de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial y solicita, que se prosiga con la tramitación abreviada del procedimiento, se fije la cuantía del daño en 2.359.168,03 euros y se proceda al pago de dicha cantidad.

3.- Por virtud de lo previsto en el artículo 96.6.d) LPAC se prescinde del trámite de audiencia.

4.- Finalmente, el 28 de septiembre de 2017 el subdirector general de Régimen Jurídico y Desarrollo Normativo formula propuesta de resolución en la que se acuerda:

“PRIMERO.- DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad de Madrid, concluyendo el procedimiento iniciado de oficio, por tramitación simplificada, consecuencia del convenio suscrito entre la Comunidad de Madrid y RETEVISIÓN I, S.A.U. para la ejecución de la decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013.

SEGUNDO.- INDEMNIZAR a la mercantil RETEVISIÓN I, S.A.U. con la cantidad total de DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO CON TRES EUROS (2.359.168,03 euros)”.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

ÚNICA.- De acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de noviembre, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid sobre *“Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a quince mil euros o la cuantía sea indeterminada”.*

La responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por*

toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJ), completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la LPAC.

En concreto, el artículo 32 de la LRJ se expresa en los siguientes términos: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*.

Como cuestión previa, debe analizarse si resulta aplicable al presente expediente, el procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado en la LPAC, concretamente, si se trata de un caso de responsabilidad extracontractual de la Administración exigible por esta vía.

Para encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual, es preciso que nos encontremos ante el desarrollo normal o anormal de un servicio público, y no ante daños nacidos en virtud de vínculos dimanantes de relaciones jurídicas específicas. En presencia de relaciones jurídicas específicas, el daño alegado ha de ser resarcido, no por la vía de la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración, sino por la que se prevea en el ordenamiento jurídico, para indemnizar daños derivados de esas concretas relaciones jurídicas.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, entre otros en sus Dictámenes 1578/2001 y 2703/2004:

“El mecanismo resarcitorio que prevén los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 puede tener su origen en cualquier tipo de actividad administrativa (actividades administrativas formales, actividades materiales e incluso la inactividad administrativa), con la única excepción de la actividad contractual de la Administración. La responsabilidad que eventualmente pudiera surgir para la Administración en el seno de una relación contractual en la que sea parte podría ser exigida por la vía jurisdiccional correspondiente (contencioso-administrativa o civil, según la naturaleza del contrato en cuestión), pero no mediante el mencionado mecanismo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992”.

Y en la Memoria de 2003, el Consejo de Estado se pronunciaba en este sentido:

“(...) Las pretensiones de resarcimiento que se formulan ante la Administración eventualmente productora de un evento lesivo tienen, conforme a derecho una vía formal adecuada en función del instituto jurídico del que tae causa la obligación de reparación en cuestión. Con carácter general el Consejo de Estado ha venido reiterando que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico, cual sería entre otros, el caso en el que el daño se produce en el seno de una relación de servicios profesionales. Ello, es debido a la configuración del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración, previsto para que no pueda ser conceptuado e interpretado como un instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria”.

En el caso analizado, no obstante la ausencia de documentación en el expediente para la constatación por parte de esta Comisión de los hechos que se mencionan en el procedimiento que nos ocupa (contratos, pliegos, firmeza de la sentencia ...) se observa, que los daños objeto de resarcimiento se refieren al cumplimiento del principio de indemnidad del contratista, tal y como recoge el acuerdo de inicio del procedimiento que nos ocupa al indicar que *“a escala regional, en el caso de la Comunidad de Madrid, el operador de red que llevó a cabo la extensión resultando adjudicatario de un concurso público, fue la mercantil RETEVISIÓN, S.A.U”*, siendo el fundamento de la hipotética responsabilidad patrimonial la obligación asumida por la Comunidad de Madrid en el convenio suscrito el 28 de julio de 2017 con la empresa para la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013, en virtud del cual la Comunidad de Madrid una vez recibido el ingreso en la Tesorería, iniciaría de oficio y de forma inmediata, un expediente de responsabilidad patrimonial *“al efecto de respetar el principio de indemnidad del contratista”*, lo que revela que los hipotéticos daños indemnizables se producen en el seno de una relación contractual.

Prosigue indicando la propuesta de inicio que *“además la Comunidad de Madrid está obligada a cumplir la Sentencia nº 166/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava que le exige garantizar el principio de indemnidad del contratista”*. Sentencia, en la que se invoca el enriquecimiento injusto o sin causa, cuyo punto de partida requiere la existencia de un beneficio o incremento patrimonial indebido, pero no invoca la responsabilidad patrimonial, cuyo requisito de partida sería la existencia de una lesión antijurídica.

En este punto, deviene necesario precisar que el apartado 1 del artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio establece que la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales del orden

jurisdiccional contencioso-administrativo, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia. Por su parte, los apartados 2 y 3 del citado artículo 103 señalan que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan; además, todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto; por ello, serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

Así pues, el alcance de los daños cuyo resarcimiento se pretende por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no resultan ajenos a la órbita de la relación contractual existente entre la Comunidad de Madrid y la empresa, para el despliegue de la televisión digital terrestre en esta Comunidad Autónoma, calificada como no neutra en la Decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013, por lo que el daño que se invoca solo puede examinarse desde la vertiente contractual en virtud de una relación preexistente con dicho carácter.

En virtud de lo expuesto, en tanto la indemnización solicitada no se incardina en el marco del funcionamiento de los servicios públicos, la emisión del dictamen no resulta procedente, en virtud de lo establecido en el artículo 5. 3 de la Ley 7/2015.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula el siguiente

ACUERDO

Devolver el expediente, por no ser procedente el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 16 de noviembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Acuerdo nº 11/17

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno

C/ Pontejos nº 3 - 28012 Madrid