

Dictamen nº: **441/16**
Consulta: **Consejera de Economía, Empleo y Hacienda**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.10.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 6 de octubre de 2016, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la consejera de Economía, Empleo y Hacienda, al amparo del artículo 5.3.f).a de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Audiovisual Fianzas, S.G.R. como consecuencia de la demora en la tramitación de la ejecución de garantías prestadas a Euro Azar, S.L., por el impago de liquidaciones tributarias en materia de juego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el día 24 de noviembre de 2015 en oficina de correos dirigido a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, la mercantil antes citada, por medio de su representante, D. J.G.F.Q., formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la demora en la tramitación de varias ejecuciones de los avales prestados a E.A., S.L., como garantía para operar con máquinas de juego en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

Cuantifica el importe de la indemnización en “(...) 37.905,82 € más intereses legales correspondientes desde el pago realizado y hasta la

fecha de recepción de la reclamación más los intereses de demora desde esa fecha hasta que recaiga sentencia y subsidiariamente, con la cantidad que se pueda deducir razonablemente del análisis de los expedientes administrativos y de la prueba, más los intereses legales correspondientes desde el pago realizado por nuestro representado y hasta la fecha de la recepción de la presente reclamación, más los intereses de demora desde esa fecha y hasta que recaiga sentencia; y subsidiariamente, condene a la Administración a redactar una normativa con plazos concretos para la ejecución de los avales de Juego, y para la gestión de la reposición de los avales una vez ejecutados, con revocación de la autorización de los avalados, con un límite máximo para todas estas acciones de 1 año, y recuperando el trámite de audiencia al avalista contenido en el Reglamento de la Caja General de Depósitos”.

Solicita como pruebas, la documental pública consistente en la aportación de los expedientes administrativos de las diferentes subdirecciones que afecten a la ejecución de los avales así como informes de las respectivas subdirecciones que incluya un resumen de los tiempos de las notificaciones de las correspondientes providencias de apremio incluyendo un resumen de todo lo actuado en el procedimiento que permita valorar la actividad de la Administración; prueba pericial consistente “*en que por perito competente en la materia se valoren las estimaciones de plazos referidas en el motivo segundo de la presente reclamación y se declare si las mismas son razonables en el ámbito de la Administración o en su defecto fije unos límites plausibles que pueden servir para juzgar nuestro caso y proponer una modificación legal del sistema de plazos que afecte a estos procedimientos, para lo cual se pedirá la colaboración absoluta de la Consejería de Economía, Empleo*” y, finalmente, la declaración como testigos del Director General de Tributos y Ordenación y Gestión del Juego de la Comunidad de Madrid, Subdirectora General de Gestión Tributaria, Subdirectora General de Recaudación, Subdirectora General de Ordenación y Gestión del Juego, de todos los funcionarios que han llevado los expedientes

relativos a la ejecución de los avales así como de D. M.A.B.A. con domicilio a efectos de notificaciones en la sede de A.F., S.G.R.

La mercantil interesada cuantifica el importe de la indemnización en 37.905,82 € más intereses y aporta con su escrito diversa documentación consistente en escritura de poder otorgada a favor de D. J.G.F.Q. como representante de la sociedad; escritura de fusión por absorción de la sociedad “F. y S.F., S.G.R.” por la sociedad “A.A., S.G.R.” y cambio de denominación social por “A.F., S.G.R.”; Aumento de capital y consecuente modificación estatutaria y designación de consejeros; póliza de afianzamiento firmada por F. y S.F., S.G.R. y E.A., S.L., el 1 de diciembre de 2000; avales emitidos; documentos de ejecución de garantías dirigidos a la sociedad reclamante por la Dirección General de Tributos y Gestión del Juego de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid; documentos de ampliación de ejecución de garantías, diligencia de levantamiento de ejecución de garantías, justificantes de pago de las deudas por la sociedad reclamante; publicaciones en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM) de relaciones de deudas en vía de apremio de la sociedad avalada y nuevos documentos de ejecución de garantías y justificantes de pagos efectuados por la sociedad reclamante.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

1. El 1 de diciembre de 2000, A.F., S.G.R. (entonces denominada F. y S.F., S.G.R) suscribió con E.A., S.L., en su condición de socio partícipe de dicha sociedad de garantía recíproca, una línea de fianzas ante Organismos públicos por un importe máximo de 96.161,94 euros.

Dicho contrato garantizaba el reembolso de las cantidades que por cualquier concepto tuviera que satisfacer la S.G.R., frente al Organismo

público, beneficiario de sus avales, por cuenta del socio partícipe (E.A., S.L.).

2. La línea de fianzas se concretó en la constitución de cinco avales a favor de S.A., S.L. para la explotación de máquinas recreativas o recreativas con premio de tipo B ante la Hacienda de la Comunidad de Madrid, por un importe total de 77.200 euros y con el siguiente desglose:

- El 1 de diciembre de 2000, se constituye el aval nº 779 por 30.050,61 euros, para la explotación de máquinas recreativas o recreativas con premio de tipo B.

- El 1 de diciembre de 2000, se constituye el aval nº 780 por 6.010,12 euros, para la explotación de máquinas recreativas o recreativas con premio de tipo A.

- El 25 de abril de 2002, se constituye el aval nº 1184 por 5.949,39 euros, para la explotación de máquinas recreativas o recreativas con premio programado de tipo B.

- El 25 de abril de 2002, se constituye el aval nº 1185 por 1.189,88 euros, para la explotación de máquinas recreativas o recreativas con premio programado de tipo A.

- El 14 de enero de 2009, se constituye el aval nº 4029 por 34.000,00 euros, para la explotación de máquinas recreativas o recreativas de tipo B.

3. Transcurrido el plazo de ingreso de varias liquidaciones tributarias apremiadas a E.A., S.L. de fechas 2006 hasta 2011, sin haberse efectuado el pago, el Director General de Tributos y Ordenación y Gestión del Juego, requirió mediante diligencia de ejecución de garantías, a A.F., S.G.R., en su condición de avalista, para que procediera al pago del importe avalado, procediéndose a la ejecución de los avales constituidos de la siguiente manera:

1. AVAL N° 779, se ejecuta mediante la Diligencia n° 01220111400004 de ejecución de garantías de 28 de noviembre de 2014.

Dicha Diligencia comprende liquidaciones del Impuesto sobre la instalación de máquinas en establecimiento de hostelería autorizados a E.A., S.L., de las anualizadas 2006, 2010 y 2011 no abonadas.

El ingreso lo realizó A.F., S.G.R., el 5 de diciembre de 2014, por el importe total garantizado, esto es, 30.050,61 €.

Consta en el expediente que A.F., S.G.R., interpuso recurso de reposición contra dicha diligencia que ha sido desestimado mediante Resolución de 29 de abril de 2016, del Director General de Tributos y Ordenación y Gestión del Juego.

2. AVAL N° 1184, se ejecuta mediante Diligencia n° 0122111400008 de ejecución de garantías de 26 de noviembre de 2014, que comprende liquidaciones tributarias impagadas por el sujeto pasivo en las anualidades 2006, 2010 y 2011.

El ingreso lo realizó A.F., S.G.R., el 5 de diciembre de 2014, por el importe total garantizado, esto es, 5.949,39 €.

3. AVAL N° 4029, se ejecuta mediante Diligencia n° 01220111400007 de ejecución de garantías de 26 de noviembre de 2014 que cubre las liquidaciones tributarias por impago del Impuesto sobre la instalación de máquinas en establecimiento de hostelería de las anualidades 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011.

El ingreso lo realizó A.F., S.G.R., el 5 de diciembre de 2014, por el importe total garantizado, esto es, 34.000,00 €.

4. AVAL N° 1185, se ejecuta mediante Diligencia n° 01220111400006 de ejecución de garantías de 24 de noviembre de

2014, que cubre sanciones tributarias de las anualidades 2006, 2010 y 2011.

Contra dicha diligencia, A.F. S.G.R. interpuso recurso de reposición, estimado por Resolución de 15 de abril de 2016 de la Dirección General de Tributos y Ordenación y Gestión del Juego, por la que procede a la devolución de la cantidad ingresada, 1.189,88 €.

5. AVAL N° 780, se ejecuta mediante Diligencia n° 01220111400005 de ejecución de garantías de 26 de noviembre de 2014, que cubre las liquidaciones tributarias por impago del Impuesto sobre la instalación de máquinas en establecimiento de hostelería autorizados de las anualidades 2006, 2010 y 2011.

La ejecución no llegó a realizarse, puesto que el 3 de diciembre de 2014 se dictó diligencia de levantamiento de ejecución, dejando sin efecto la citada diligencia n° 01220111400005, por considerar que el aval no garantizaba las responsabilidades correspondientes a las deudas exigidas.

TERCERO.- Presentada la reclamación se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en el Reglamento del Procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (en adelante, RPRP).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10 RPRP, se ha incorporado al expediente el informe de la Dirección General de Tributos y Ordenación y Gestión del Juego, firmado por subdirectora General de Recaudación de 20 de abril de 2016, al que acompaña documentación adjunta.

Tras la incorporación al procedimiento del citado informe se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia a la mercantil reclamante en el procedimiento.

Por Resolución de 19 de mayo de 2016 del secretario General Técnico de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda se deniegan motivadamente las pruebas propuestas por la entidad interesada en su escrito de reclamación al considerarlas no pertinentes.

El 7 de junio de 2016, la empresa reclamante presenta escrito de alegaciones reiterando las alegaciones vertidas en el escrito de reclamación y minorando el importe de la indemnización en 36.715,94 € más intereses, como consecuencia de la estimación del recurso de reposición interpuesto contra la diligencia de ejecución del aval nº 1.185.

En relación con la denegación de la prueba acordada manifiesta su conformidad con la denegación de las testificiales solicitadas y alega su desacuerdo con la desestimación de las demás pruebas propuestas por lo que reitera su solicitud de acceso a todos los expedientes administrativos así como a la práctica de la prueba pericial para el cálculo de los daños sufridos por la actuación poco diligente de la Dirección General de Tributos de la Comunidad de Madrid. Con el escrito de alegaciones, la entidad reclamante aporta nueva documentación.

Con fecha 18 de julio de 2016, la coordinadora de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda formula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que no existe daño en la actuación de la Administración ni concurrir la antijuridicidad del mismo.

CUARTO.- Por escrito de la consejera de Economía, Empleo y Hacienda con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 26 de julio de 2016 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

con el nº 445/16, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 6 de octubre de 2016.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f).a de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y por solicitud de la consejera de Economía, Empleo y Hacienda, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), desarrollados en el RPRP, legislación aplicable en virtud de los previsto en la disposición transitoria tercera de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Pùblicas (en adelante, LPACAP).

La entidad reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ-PAC), al haber efectuado el pago de las deudas apremiadas en ejecución de la garantía, lo que queda acreditado en el expediente administrativo.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, como titular de la competencia en materia de recaudación de tributos y sanciones en materia de Ordenación y Gestión del Juego.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, efectuado el ingreso de los avales ejecutados a partir del 5 de diciembre de 2014, la reclamación presentada el día 24 de noviembre de 2015 está formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedural. Las pruebas propuestas por la entidad reclamante han sido inadmitidas por impertinentes de forma motivada, lo que ha sido notificado a la mercantil interesada.

Tras la instrucción del procedimiento, se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y

11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, a la interesada en el procedimiento y formulado propuesta de resolución.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en su Título X, artículos 139 y siguientes.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJPAC:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995,*

25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999”.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) “*no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa*”.

CUARTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, el presupuesto necesario para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial es la acreditación de un daño efectivo y evaluable económicamente.

Conforme con reiterada jurisprudencia, la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración recae sobre el reclamante (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1986, 25 de mayo de 1987, 15 de febrero de 1994, 25 de julio de 2003, 30 de septiembre de 2003, 14 de octubre de 2004 y 15 de diciembre de 2005, entre otras), salvo la concurrencia de la fuerza mayor o la existencia de dolo o negligencia de la víctima que corresponde probar a la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo 18 de febrero de 1998, 15 de marzo de 1999, 25 de octubre de 2002, 17 de febrero de 2003, 24 de febrero de 2003, entre otras).

En el presente caso, la entidad reclamante no acredita la realidad de los daños sufridos, limitándose a considerar que se ha producido una tardanza en la ejecución de los avales constituidos para garantizar las deudas del socio partícipe E.A., S.L.

Con respecto al invocado retraso en la tramitación del procedimiento de apremio, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria en su artículo 166, contempla como único límite para reclamar las deudas liquidadas, el plazo de prescripción de 4 años.

Así pues, tal como dictaminó esta Comisión en el Dictamen 406/14 en un supuesto similar: *“fuera de este plazo, que conlleva la imposibilidad para la Administración de reclamar la deuda tributaria, no existe ninguna norma que obligue a la Administración a tramitar el procedimiento de apremio en un determinado plazo, sin que resulte de aplicación al procedimiento de recaudación tributaria el artículo 42.3 LRJPAC, como alega la reclamante en su escrito. En este sentido, hay que tener en cuenta que la Disposición Adicional Quinta de la LRJPAC establece que los procedimientos administrativos en materia tributaria y, en particular, los procedimientos de gestión, liquidación, comprobación, investigación y recaudación de los diferentes tributos se regirán por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de esta Ley”.*

A tal efecto, el artículo 104.1 LGT establece, en relación con los plazos de resolución y efectos de la falta de resolución expresa lo siguiente:

“El plazo máximo en que debe notificarse la resolución será el fijado por la normativa reguladora del correspondiente procedimiento, sin que pueda exceder de seis meses, salvo que esté establecido por una norma con rango de ley o venga previsto en la normativa comunitaria europea. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen plazo máximo, éste será de seis meses.

El plazo se contará:

- a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha de notificación del acuerdo de inicio.*
- b) En los procedimientos iniciados a instancia del interesado, desde la fecha en que el documento haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.*

Queda excluido de lo dispuesto en este apartado el procedimiento de apremio, cuyas actuaciones podrán extenderse hasta el plazo de prescripción del derecho de cobro”.

En consecuencia, no existiendo más plazo para la tramitación del procedimiento de apremio que el plazo de prescripción del derecho de cobro de cuatro años, no puede hablarse de retraso en la tramitación del procedimiento de apremio ni, en consecuencia, calificar de antijurídica la actuación de la Administración, puesto que el procedimiento de apremio regulado en los artículos 161 a 173 de la Ley General Tributaria, no está sujeto a plazos de caducidad, pudiéndose extender las actuaciones que en dicho procedimiento se realicen, hasta el plazo de prescripción del derecho al cobro.

No procede, como señala la propuesta de resolución, que la mercantil reclamante, como sociedad de garantía recíproca que es, pretenda recuperar el importe de los avales ejecutados a través de una indemnización de la Administración Pública.

De acuerdo con lo estipulado en los avales que nos ocupan, “*Este aval se otorga solidariamente respecto al obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de excusión y con compromiso de pago al primer requerimiento de la Tesorería de la Comunidad de Madrid*”.

Se trata por tanto de un aval a primer requerimiento, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el

artículo 1255 del Código Civil, en el cual, la «*obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en la estipulación quinta de la póliza de afianzamiento suscrita el 1 de diciembre de 2000, (...) el socio partícipe estará obligado a su inmediato reembolso a la S.G.R. quedando ésta autorizada para compensar las cantidades que, por cualquier concepto adeude el socio partícipe con cualquiera sumas, que, por cualquier concepto, adeude la S.G.R. al socio partícipe*». En caso de demora en el pago de las cantidades debidas por el socio partícipe a la S.G.R., la estipulación sexta de la citada póliza ha previsto, que aquel deberá abonar sobre dichas cantidades un interés compuesto anual del 15% hasta su resarcimiento total, circunstancias que impiden apreciar la efectividad y la antijuridicidad del daño invocado por el reclamante.

Tampoco queda acreditado en la reclamación el importe de la indemnización solicitada, puesto que la diligencia de ejecución del aval nº 779, recurrida en reposición, ha sido desestimada por Resolución de 29 de abril de 2016, desconociéndose la presentación, en su caso, de reclamación económico administrativa, la ejecución del aval nº 780» no llegó a realizarse, puesto que el 3 de diciembre de 2014 se dictó diligencia de levantamiento de ejecución, y el aval nº 1185 tras la Resolución de 15 de abril de 2016, se procedió a su devolución.

En mérito de lo expuesto, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación presentada al no concurrir ninguno de los requisitos necesarios para el reconocimiento de la existencia de responsabilidad patrimonial.

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 6 de octubre de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 441/16

Excma. Sra. Consejera de Economía, Empleo y Hacienda

Carrera de San Jerónimo, 13 – 28014 Madrid