

Dictamen n^o: **634/11**
Consulta: **Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte
y Portavoz del Gobierno**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por ocho votos a favor y un voto en contra, en su sesión de 16 de noviembre de 2011, sobre consulta formulada por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por T.R.M. en representación de la entidad A, sociedad anónima de seguros y reaseguros, por los daños ocasionados en la vivienda de uno de sus asegurados, sita en la calle B n^o aaa de Arroyomolinos (Madrid), con motivo de la rotura de una conducción de abastecimiento del Canal de Isabel II.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de octubre de 2011 tuvo entrada en este Consejo Consultivo solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, acerca del presente expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por el Canal de Isabel II. Ha correspondido su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por el Excm. Sra. Consejera Dña. Cristina Alberdi Alonso, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 de noviembre de 2011, con ocho votos a favor y un voto en contra.

El escrito de solicitud del dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Por escrito dirigido al Canal de Isabel II de 1 de octubre de 2010, con registro de entrada en el Canal de Isabel II el 4 de octubre de 2009, la entidad reclamante solicita indemnización por los daños ocasionados en la vivienda de uno de sus asegurados, sita en la calle B nº aaa de Arroyomolinos (Madrid), con motivo de la rotura de una conducción de abastecimiento del Canal de Isabel II. Dicha rotura produjo un lavado de tierras que provocó una oquedad bajo el pasillo de la vivienda asegurada, provocando el descalzamiento de la cimentación del muro de carga lateral derecho así como parte de las arquetas, pozos de saneamiento, rampa de acceso al garaje e, incluso, la propia acera (folios 1 a 8 del expediente administrativo).

La interesada cuantifica el importe de la reclamación en 42.513,92 euros, importe de la indemnización satisfecha al asegurado y que corresponde a las siguientes partidas:

- Ejecución de proyecto básico: 7.424 euros.
- Reparación de daños en la vivienda: 32.023,13 euros.
- Trabajos de pintura: 933,95 euros.
- Licencia de obras: 1.472 euros.
- Tasa de licencia de obras: 312,80 euros.
- Licencia para apertura de acera: 3,08 euros.
- Tasa de licencia de obra para acera: 6,96 euros.
- Aval obra apertura de acera: 300 euros.

Con su escrito aporta copia de la escritura de poder general para pleitos otorgada a favor de la representante, copia de la póliza de seguro de hogar concertada por el asegurado sobre la vivienda siniestrada, informe pericial emitido a instancia de la reclamante en el que se cuantifica el importe de la indemnización en 42.235,25 € con IVA, copia de las facturas satisfechas por el asegurado, así como autoliquidaciones de las tasas para la obtención de las licencias necesarias para las obras y certificados emitidos por la entidad reclamante para acreditar las transferencias efectuadas por ésta a favor del asegurado en pago de la indemnización por el siniestro (folios 9 a 39).

La entidad reclamante solicita que se tenga por aportada la documental aportada y se practique prueba testifical de la aseguradora y de los representantes legales de las empresas responsables del proyecto y de la ejecución de las obras, así como el informe pericial aportado.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, de acuerdo con lo previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de noviembre. Del expediente resultan los siguientes hechos:

Con fecha 27 de noviembre de 2009 se registra una incidencia en el Canal de Isabel II por filtración a zanja de obra, a la altura de la calle C, nº bbb de Arroyomolinos. Se reseñan igualmente posibles daños en la calle C, nº ccc.

El 18 de diciembre de 2009, se elabora informe pericial preliminar por D, reflejando daños en dos viviendas, la ubicada en C/ C, nº ccc (J.F.P.), y la ubicada en C/ B, nº aaa (R.S.P.), objeto esta última del presente expediente administrativo de responsabilidad patrimonial.

En el informe preliminar se indica que el 27 de noviembre de 2009, se desmoronó el terreno bajo la rampa del garaje de la vivienda propiedad de R.S.P., dejando la cimentación de dicha rampa descalzada. Los hechos se

produjeron por la conjunción de dos circunstancias: por un lado, en la zona existía una rotura de una conducción de abastecimiento del Canal de Isabel II, que había estado un tiempo aportando agua al terreno sin manifestarse de forma patente; y, por otro lado, se estaba ejecutando la excavación de un vaso de piscina en la vivienda de J.F.P., en C/ C, n° ccc, en posición adyacente a la rampa de R.S.P. La excavación del vaso de piscina debilitó el terreno en la zona, por lo que el agua que se hallaba formando una bolsa venció la resistencia del mismo y provocó el desmoronamiento del terreno hacia el vaso de la piscina. Los daños en la calle B, n° aaa se corresponden con el descalce de la cimentación de los muretes, el de división de las parcelas y el de protección de la rampa, así como parte de la rampa de vehículos y el camino de paso hacia la parte posterior de la parcela. Se realiza por parte del perito una reserva de 20.000 euros.

A efectos de emisión del presente dictamen es de interés, además de los documentos indicados en el antecedente SEGUNDO, los que siguen:

1. Acuerdo de incoación del expediente de responsabilidad patrimonial el día 21 de octubre de 2010, notificándose esta circunstancia a la reclamante el día 26 de octubre. En dicho escrito, asimismo, se requiere a la reclamante para que en el plazo de diez días hábiles aporte la justificación del pago efectuado por la aseguradora a la asegurada siniestrada ya que la documentación aportada no es suficiente, *“pudiendo realizarlo mediante justificante emitido por la entidad bancaria que efectuó la transferencia o recibo del finiquito firmado por el asegurado confirmando haber recibido la indemnización”*, bajo apercibimiento de tener por desistida a la reclamante de conformidad con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJ-PAC (folio 43 del expediente administrativo).

2. Escrito de la entidad reclamante, atendiendo al anterior requerimiento, con el que se aporta certificado emitido por E de las transferencias realizadas por la reclamante a favor del asegurado los días 11 de marzo, 20 de mayo, 9 de julio, 22 de julio de 2010 por un importe total de 43.490,38 euros (folios 41 y 42).

3. Notificación de la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial, en calidad de *“posible interesado”* en el mismo, al vecino del reclamante, J.F.P., por su relación con las obras de excavación de un vaso de piscina en su parcela, efectuada el 4 de febrero de 2011 (folios 49 a 58).

4. Alegaciones de la entidad reclamante, presentadas el 10 de diciembre de 2010, en las que se ratifica en su solicitud de inicio de responsabilidad patrimonial (folios 59 a 61).

5. Acuerdo del instructor del expediente de 22 de diciembre de 2010 por el que se requiere a la reclamante para que aclare el importe de la indemnización solicitada, advertida la divergencia existente entre el importe de la indemnización solicitada (42.513,92 euros) y el importe total de las transferencias realizadas al asegurado (43.490,38 euros). Asimismo, se acuerda tener por aportada la documental propuesta, incluido el informe pericial y rechaza por innecesaria la testifical propuesta (folio 62). Este acuerdo es notificado a la reclamante el 28 de diciembre de 2010.

6. Escrito de la reclamante en el que fija el importe de la indemnización solicitada es de 42.504,96 euros, toda vez que hubo un exceso de indemnización derivada del siniestro de 985,42 euros, que R.S.P. devolvió a favor de la entidad aseguradora mediante transferencia el día 9 de septiembre de 2010 (folios 66 y 67).

7. Informe pericial definitivo elaborado por D, de 15 de junio de 2010, una vez realizadas nuevas visitas y reuniones, comprobando y analizando la evolución de los daños. Efectuado el seguimiento de los trabajos a realizar,

así como del proyecto de ejecución redactado, concluye que ha sido necesaria la demolición del área afectada, las soleras del camino y la rampa, así como los muretes para el relleno del socavón producido con tierras, el recalce de los cimientos afectados y la reparación del saneamiento afectado. El perito valora los daños del siniestro en 39.116,30 euros (folios 113 a 192).

8. Informe preliminar de D, elaborado el 18 de diciembre de 2009 (folios 193 a 198).

9. Documentación relativa a la incidencia (folios 199 a 218).

10. Copia del expediente iniciado por la incidencia con J.F.P., vecino del reclamante, sobre los daños causados en las obras de la piscina (folios 220 a 266).

11. Notificación del trámite de audiencia a la reclamante, efectuada el 11 de mayo de 2011 (folios 267 a 270).

12. Escrito de alegaciones de la interesada, presentado el 20 de mayo de 2011, en el que manifiesta su disconformidad con la cuantía de la indemnización propuesta por la tasadora del Canal de Isabel II porque *“entendemos perfectamente acreditado mediante la documental adjunta a nuestro escrito de reclamación previa... que la reparación de los mismos asciende a la cantidad total 42.513,42 euros”* (folios 281 y 282).

13. Propuesta de resolución de 7 de junio de 2011, firmada por la Subdirectora de la Asesoría Jurídica del Canal de Isabel II, que propone estimar parcialmente la solicitud de responsabilidad patrimonial, fijando una indemnización de 33.967,13 euros.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), por ser de cuantía superior a 15.000 euros el importe de la indemnización (42.504,96 euros) y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesado según consta en los antecedentes, tiene regulada su tramitación 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 (LRJ-PAC), desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

Está legitimado pasivamente el Canal de Isabel II en cuanto es la empresa pública encargada del abastecimiento, depuración y reutilización de las aguas en todo el territorio de la Comunidad de Madrid de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua de la Comunidad de Madrid y artículo 3.1 del Decreto 51/2002, de 4 de abril, por el que se regula la naturaleza, funciones y órganos de gobierno del Canal de Isabel II.

En cuanto a la legitimación activa, la entidad aseguradora ostenta la condición de interesada y legitimada para promover el procedimiento, al

amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, de acuerdo con los artículos 31 y 139 de la citada Ley y el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en cuya virtud *“El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”*. De manera que la legitimación activa de la entidad aseguradora reclamante en relación con la petición de resarcimiento que formula traería causa de la subrogación de ésta en la posición jurídica de su asegurado, auténtico perjudicado, por haberle satisfecho la indemnización con anterioridad, lo cual se convierte en un requisito sine qua non para que pueda operar válidamente la subrogación.

Así lo dispone el citado artículo 43 de Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro al especificar *“...una vez pagada la indemnización...”*.

En el presente caso, la entidad aseguradora ha aportado certificado de la entidad bancaria que efectuó las transferencias a favor del asegurado y que acreditan la legitimación de la entidad aseguradora para reclamar por subrogación.

En cuanto al plazo para formular la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*.

Aplicado el anterior precepto al presente caso, la avería se produjo el día 27 de noviembre de 2009, según se ve corroborado en el informe de incidencias del Canal de Isabel II incorporado al expediente administrativo.

El 30 de septiembre de 2010 se presentó la reclamación por lo que debe considerarse presentada en plazo.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto invalidante que lo haga incurrir en anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental sin indefensión alguna. Así, se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente y se recabaron y obtuvieron los demás informes y pruebas que se consideraron necesarios, con apertura del trámite de alegaciones en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992.

CUARTA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución: *“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”*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

El art. 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003) los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que sufre el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3º) La imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que, al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo esta exclusividad un elemento esencial del referido.

Conviene recordar la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como se acaba de recordar, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Como también se ha indicado, es necesaria, pese a tratarse de una responsabilidad objetiva o por el resultado dañoso, la antedicha “*antijuridicidad*” del daño.

QUINTA.- Conforme a la anterior doctrina, acreditada la realidad del daño, de acuerdo con los informes incorporados al expediente, es necesario examinar si existe, o no, nexo causal entre dichos daños y el funcionamiento de la empresa pública.

Del parte de incidencia del Canal de Isabel II resulta claramente acreditado en el expediente que el día 27 de noviembre de 2009, se desmoronó el terreno bajo la rampa del garaje de la vivienda asegurada, dejando la cimentación de dicha rampa descalzada. Resulta probado que en la zona existía una rotura de una conducción de abastecimiento del Canal de Isabel II, que había estado un tiempo aportando agua al terreno sin manifestarse de forma patente. En la finca vecina se realizaba la excavación de un vaso de piscina, en posición adyacente a la rampa de la vivienda siniestrada. Esta excavación debilitó el terreno en la zona, por lo que el agua que se hallaba formando una bolsa venció la resistencia del mismo y provocó el desmoronamiento del terreno hacia el vaso de la piscina.

Así pues, reconocida la relación de causalidad entre el daño y la avería en la conducción de abastecimiento, daño que resulta antijurídico, pues el interesado no tiene el deber jurídico de soportar, debe afirmarse la responsabilidad patrimonial del Canal de Isabel II.

SEXTA.- Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJ-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo, es decir, noviembre de 2009.

La entidad reclamante cuantificaba el importe de su reclamación, tras su escrito presentado el 7 de enero de 2011 en 42.504,96 euros de los cuales. Aporta al efecto facturas por importe de 7.424 euros (6.400 + 16% IVA) por la ejecución de un proyecto básico para la obra; 32.023,13 euros (27.606,15 + 16% IVA) en concepto de reparación de daños en la vivienda; 933,95 euros (805,13 + 16% IVA) por trabajos de pintura; 1.472 euros por licencia de obras; 312,80 euros por tasa de licencia de obras; 3,08 euros por licencia para apertura de acera y 6,96 euros por la tasa de licencia de obra para acera y 300 euros del aval de obra de apertura de acera. La suma de los anteriores importes suma, sin embargo, 42.475,92 euros, importe inferior al reclamado.

De la anterior relación de gastos, el informe pericial acepta los honorarios del proyecto, dirección de obra, estudio básico de seguridad y salud y coordinación de seguridad y salud, que –aunque algo elevados- se corresponden con precios de mercado.

Sin embargo, en relación con las gastos de ejecución de las obras, el informe pericial de la tasadora del Canal de Isabel II reduce las partidas correspondientes a revisión de saneamiento –de 2.799,90 euros a los 960 euros por exceder de los precios de mercado-, costes de gestión de residuos

-de 943,32 euros a 400 euros al no estar justificados- y de limpieza de fachada y saneado y pintado –que se reduce de 805,13 euros a 560 euros, aplicando precios de mercado.

Esta discrepancia de valoraciones ya se recogía en el informe pericial aportado por la reclamante que decía: *“Asumida responsabilidad origen y acordados parcialmente costes con peritos del Canal. No aceptan: Revisión de saneamiento, tasando por valor de 960 euros. Coste de gestión de residuos, tasando en 400 €. Saneado de fisuras y pintura, tasando en 560 €”*.

En consecuencia, los gastos de ejecución de las obras se valoran en 29.907,50 euros (25.782,33 + 16% IVA).

Se aceptan, al quedar acreditado su pago con la presentación de los correspondientes justificantes, 1.472 euros por el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras y 312,80 euros por tasa por licencia de obras. Sin embargo, para la licencia para apertura de acera y tasa de licencia de obra de acera no se aporta ningún justificante de su pago. Respecto del aval por la obra de la apertura de la acera, no está acreditado que, tras la terminación de las obras, el Ayuntamiento haya retenido su importe.

El informe pericial de D fija como valoración final ajustada de los daños del siniestro 39.116,30 € (33.967,13 + 16% IVA).

Sin embargo, la propuesta de resolución no toma en consideración el impuesto sobre el valor añadido, porque *“al ser la reclamante una sociedad mercantil, el IVA no es un coste añadido a su pérdida, sino que, trimestralmente, compensa en su declaración el IVA incurrido con el generado por su actividad, por lo que, de tomarlo en consideración, se beneficiaría si lo repercute en su contribución y además se le indemniza”*.

Esta afirmación sería cierta y así lo ha entendido este Consejo Consultivo en sus Dictámenes 137/10 y 363/11, referida a supuestos en los que destinatarios de las prestaciones de servicios sujetas a IVA sean sujetos con derecho a deducción del IVA.

El mecanismo de la deducción, característica esencial del IVA, supone que en cada fase de producción o distribución, el sujeto pasivo factura a su cliente el impuesto que corresponde al precio de venta que aplica (impuesto repercutido) y, cuando liquida a la Hacienda Pública, deduce de aquél el importe del impuesto que ha gravado los elementos del coste (materias primas, existencias, inmovilizaciones, prestaciones de servicios, etc.) (impuesto soportado) y sólo ingresa la diferencia entre el impuesto repercutido al cliente y el impuesto soportado.

De acuerdo con el artículo 93 LIVA, *“podrán hacer uso del derecho a deducir los sujetos pasivos del Impuesto que tengan la condición de empresarios o profesionales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de esta Ley y hayan iniciado la realización habitual de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a sus actividades empresariales o profesionales”*.

Como regla general, solo generan el derecho de deducción las operaciones sujetas y no exentas del Impuesto.

Sin embargo, en el presente caso, la entidad reclamante es una compañía aseguradora, debiendo tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 20. Uno 16º: *“están exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido las operaciones de seguro, reaseguro y capitalización”*.

El artículo 1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido establece que dicho Impuesto grava, en la forma y condiciones previstas en la propia Ley, las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales, las

adquisiciones intracomunitarias de bienes y las importaciones de bienes. De conformidad con lo dispuesto en el número 1º del apartado tres del artículo 78 de la Ley 37/1992, no estarán gravadas por el Impuesto sobre el Valor Añadido *“Las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones, distintas de las contempladas en el apartado anterior que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto”*.

Según la Resolución de la Dirección General de Tributos 1030/2003, de 23 julio *“las cantidades percibidas por la consultante de entidades aseguradoras en concepto de indemnización por siniestro derivadas de contratos de seguro no se incluirán en la base imponible del Impuesto dado que, por su naturaleza y función, no constituyen contraprestación o compensación de entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto”*.

No obstante, en cuanto que una entidad aseguradora también realiza operaciones que están sujetas al impuesto, sería de aplicación la regla de la prorrata y, por tanto, también podrían deducirse, si bien, para tener derecho a deducción es necesario que la aseguradora fuera la destinataria final de la prestación de servicios consistentes en la reparación del inmueble. El destinatario de las operaciones es aquél para quien el empresario o profesional realiza la entrega de bienes o prestación de servicios gravada por el IVA y que ocupa la posición de acreedor en la obligación en la que el referido empresario o profesional es deudor y de la que la citada entrega o servicios constituyen la prestación. Según la Dirección General de Tributos (consultas vinculantes de 23 de marzo de 2005 y 13 de junio de 2005), *“cuando de los contratos suscritos no resulta claro, se entiende que las operaciones gravadas se realizan por quienes*

están obligados frente al sujeto pasivo a efectuar el pago de la contraprestación de las mismas”.

En el presente caso, el destinatario de la operación es el asegurado, R.S.P., quien –como señala el informe pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora– contrató las reparaciones con la empresa F y, en consecuencia, las facturas emitidas le señalan como destinatario final.

En este sentido, la Dirección General de Tributos en su consulta V1948-09 relativa a la repercusión del Impuesto sobre el Valor añadido por los talleres de reparación de automóviles en los casos de siniestros cubiertos por una póliza de seguros a los propietarios de los mismos resuelve:

“De los preceptos aludidos, resulta que la reparación del vehículo siniestrado a que se refiere el escrito de consulta está sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, siendo el sujeto pasivo del Impuesto que grava la referida operación el empresario o profesional (taller) que la realiza, quien deberá liquidar y repercutir el Impuesto al destinatario de la misma.

El destinatario de la reparación será la persona que así resulte de los pactos entre las partes, es decir, entre la compañía aseguradora y el tomador del seguro.

Si de acuerdo con tales pactos el destinatario de la reparación fuese la empresa aseguradora, el empresario que efectúa la reparación (taller) estará obligado a repercutir el Impuesto a la citada empresa; en otro caso, la repercusión se hará al asegurado o persona destinataria real de la reparación.

El destinatario de las reparaciones vendrá obligado a soportar la repercusión y a su pago, tanto si es la compañía aseguradora como si lo es el propietario del vehículo reparado.

Esta Dirección General no es competente para determinar si el importe que la compañía de seguros debe satisfacer a la entidad consultante, en virtud del contrato suscrito entre la parte contraria del siniestro y su compañía de seguros, comprende únicamente el importe de la reparación o bien dicho importe más el Impuesto que grava tal reparación. Esta circunstancia dependerá de los pactos concluidos en cada caso por las partes. No corresponde a esta Dirección General pronunciarse, en su caso, sobre la interpretación de las cláusulas dudosas de las pólizas de seguro, teniendo atribuida las facultades de protección de los asegurados / tomadores de los contratos de seguros la Dirección General de Seguros, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 de la ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Ley 30/1995 de 8 de noviembre.

Sólo en el supuesto de que la entidad asegurada consultante fuese, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, la destinataria de los servicios de reparación prestados por el taller, podrá deducirse las cuotas soportadas por dichas operaciones, consignadas en la factura expedida por el referido taller a su nombre.

Por tanto, la expedición de la factura por parte del taller que efectúa la reparación está en directa relación con el destinatario del servicio y no depende de otras circunstancias como que la compañía de seguros compense el importe total de la factura (base imponible más cuota tributaria) o solamente una parte (base imponible) ”.

De la anterior consulta resulta, a sensu contrario, que si el destinatario final de la operación es el asegurado y así figura en la factura, la entidad aseguradora no podrá deducirse el IVA.

Por tanto, no siendo la empresa reclamante la destinataria final de la operación sujeta a IVA, sino el asegurado que no tiene derecho a la deducción, no es posible deducir de la indemnización abonada, el IVA correspondiente.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación por responsabilidad patrimonial e indemnizar al reclamante la cantidad de 39.116,30 euros, cantidad resultante de incluir en la valoración efectuada por el Canal de Isabel II, el IVA correspondiente que no puede ser deducido por la aseguradora.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 16 de noviembre de 2011