



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 / 2 0 0 1

La Laguna, a 21 de febrero de 2001.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial por reclamación de indemnización formulada por L.F.J.G., en nombre y representación de M.D.G., como consecuencia de las actuaciones recaudatorias, en vía de apremio, seguidas como consecuencia del impago del acta de prueba preconstituida 05/1252/1991, por importe originario de 4.216.250 ptas. y total de 5.059.500 ptas. (EXP. 5/2001 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen analiza la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de indemnización por daños que, alegándose producidos por el funcionamiento del servicio público de gestión tributaria a efectuar por la Consejería de Hacienda integrada en la Administración de la Comunidad Autónoma (CAC), formula L.F.J.G. en nombre y representación de M.D.E., en exigencia de la responsabilidad patrimonial de dicha Administración que, con fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución (CE), se regula en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Al respecto ha de advertirse que, vista la fecha de formulación de la referida reclamación, resulta de aplicación al caso la mencionada LRJAP-PAC en su versión inicial aprobada por Ley 30/92 y no la que, modificándola, se aprobó por Ley 4/99, salvo en lo que se refiere al sistema de recursos, respecto al que ha de atenderse la regulación de ésta; todo ello de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria

* **PONENTE:** Sr. Yanes Herrerros.

segunda de la citada Ley 4/99. Asimismo, es de aplicación el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), aprobada por Real Decreto 429/93, que no ha sido afectado por la reforma legal antedicha.

En síntesis, se reclama una indemnización determinada por los daños y perjuicios que, habiéndose declarado por el Tribunal Constitucional (TC) nulo el precepto del artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, por el que se creaba un gravamen adicional sobre el juego a satisfacer por los titulares de máquinas recreativas, siéndolo también subsiguientemente todos los actos de gestión tributaria que afectaban directamente al afectado por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), se entienden causados al interesado habida cuenta que se opuso al abono voluntario de tal gravamen, a la subsiguiente liquidación efectuada por la Administración a partir del levantamiento de un Acta de incumplimiento, y a la consecuente providencia de embargo en vía de apremio, recurriendo contra ello tanto ante la Consejería de Hacienda, como ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional.

En efecto, al no prosperar sus recursos hasta llegar al mencionado TEAC, la falta de pago por el interesado ocasionó que la Administración le embargara diversas cantidades en distintas ocasiones a lo largo de varios años. Por eso, aunque a resultas de las decisiones jurisdiccionales antes señaladas se le devolvieron las sumas embargadas incluso con sus intereses, el interesado considera que tiene derecho a recibir una indemnización adicional por ese motivo y, además, tanto por daños morales supuestamente padecidos en esta tesitura, como por haber tenido que darse de baja como empresario de juego, con destrucción de sus máquinas, dadas las circunstancias.

2. Aun siendo en efecto preceptiva la solicitud de Dictamen de este Organismo en este asunto (cfr. artículo 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo, LCC, en relación con el artículo 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado), aquélla se remite, no por el Consejero titular del Departamento administrativo actuante, sino por el Viceconsejero de Economía de tal Departamento, entendiéndose que, a los fines de lo establecido en el artículo 11.1, LCC, modificado por el artículo 5.2 de la Ley autonómica 2/2000, es válida la delegación de funciones establecida por la Orden de 9 de agosto de 1999 del primero, por la que, entre otras, delega en el segundo la competencia para la resolución de los expedientes de responsabilidad patrimonial derivada de la gestión tributaria y de la gestión recaudatoria.

Pero esta inteligencia de la regulación aplicable en este punto no puede compartirse. En principio, parece claro que la competencia para resolver un procedimiento no equivale, ni cabe entender sin más que la comorte o conlleve, a la legitimación para recabar la intervención de un Organismo externo para que dictamine sobre la correspondiente Propuesta de Resolución, siendo desde luego actuaciones bien diferenciadas por su finalidad y objeto. Además, por su propia naturaleza la delegación que nos ocupa no sólo puede surtir únicamente efectos internos, afectando a los Órganos del Departamento administrativo que actúa, sino que en absoluto altera la titularidad de la competencia resolutoria, incidiendo en exclusiva en su mero ejercicio.

Por tanto, la relación a los fines que ahora interesan entre el señalado Departamento y el Organismo consultivo ha de producirse entre su titular, el Consejero, y la Presidencia del mismo, como por cierto dispone expresamente el precepto del artículo 11.1, LCC, aunque su particular redacción pueda inducir a cierta confusión, pues dicho Consejero es el titular de la competencia para resolver, pese a que haya delegado su ejercicio en un Viceconsejero; lo que también es coherente con la previsión sobre solicitud de Dictamen contenida en el artículo 12.1, RPRP.

II

1. Antes de entrar en el análisis del procedimiento de producción de la Propuesta de Resolución (PR), procede detenerse en el de cuestiones previas que afectan a la viabilidad formal de la acción indemnizatoria actuada por el interesado.

Pues bien, en primer lugar se observa que, pudiendo ciertamente actuar a través de representante legal adecuadamente apoderado al respecto, circunstancia que está justificada en el expediente, asimismo se constata que el reclamante tiene legitimación para promover la reclamación en curso por ser titular de los bienes afectados por la actuación administrativa, siendo interesado en tal concepto. Así, su patrimonio ha sufrido minoración a consecuencia de la gestión recaudatoria de un determinado tributo que ha resultado finalmente contraria a Derecho y, además, alega daños morales por sufrir supuestamente su salud síquica.

La legitimación pasiva recae en la Administración autonómica, actuando a través de la Consejería de Economía y Hacienda, en cuanto que corresponde a ésta el

ejercicio de las competencias de liquidación y recaudación del gravamen tributario que se sitúa en el origen de las actuaciones; funciones administrativas que encuentran cabida en un sentido amplio del término servicio público recogido en los arts. 106.2 de la CE y 139.1 de la LRJAP-PAC, alcanzando, a los fines del derecho indemnizatorio concedido a los particulares por estas normas, a toda actividad desarrollada por las distintas Administraciones Públicas que les genere daños y perjuicios.

Ciertamente, existiendo a partir del artículo 133, CE constitucional y estatutariamente competencia compartida entre el Estado y la CAC en relación con la tributación en materia de juegos de suerte, azar y envite, podría surgir alguna duda en la delimitación de la legitimación pasiva frente a la reclamación indemnizatoria presentada. En efecto, en ejercicio de su potestad originaria para establecer tributos se dictó la Ley 5/1990 cuyo artículo 38 creó el gravamen complementario a la Tasa sobre el Juego, correspondiente las potestades administrativas de gestión de dicho tributo en Canarias a la CAC, en tanto que cedido (cfr. artículos 10 y 11 de la Ley orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas).

Por tanto, en la medida en que la Administración autonómica es mero ejecutor de la Ley estatal, podría aducirse que la referida legitimación corresponde al Estado en cuanto que el daño aparece a consecuencia de la ineludible aplicación por la CAC de una norma estatal que resultó inconstitucional, especialmente tratándose de un tributo de titularidad estatal que simplemente se cede a aquélla.

Sin embargo, la adecuada determinación del ámbito subjetivo al que se refiere el régimen de responsabilidad patrimonial que dibujan los arts. 106.2, CE y 139.1, LRJAP-PAC ha de deducirse necesariamente del concepto de funcionamiento de los servicios públicos del que se deriva el derecho indemnizatorio por causar daños a particulares. Y correspondiendo tal funcionamiento a las Administraciones Públicas, han de ser éstas quienes asuman la correspondiente responsabilidad frente a los particulares afectados por su actividad pública; máxime cuando en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional (cfr. Sentencias 127/1987, 70/1988 y 65/1990) afirma que la actuación del legislador no es un servicio público o, si se prefiere, que la función legislativa no es tal a efecto alguno, siendo diferente el supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 139.3, LRJAP-PAC (cfr. Dictamen del Consejo de Estado 60/1996).

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de la posibilidad de repetición de la CAC contra el Estado cuya Ley aplicó, operando seguramente en el ámbito presupuestario mediante los conceptos de transferencia de fondos o compensatorios constitucional y legalmente previstos. No obstante, no es ocioso recordar al respecto no sólo que la CAC no cuestionó la constitucionalidad del precepto legal en cuestión, sino que los rendimientos de tal figura tributaria creada corresponden a ella.

2. Por otra parte, por lo que se refiere a los requisitos relativos a la reclamación prevenidos en los artículos 139.2 y 142.4, LRJAP-PAC, ha de afirmarse enseguida que se cumplen los dispuestos en el primero de estos preceptos, pues el daño alegado es efectivo, económicamente evaluable y personalmente individualizado.

En cuanto al requisito temporal exigido en el segundo de los antes citados preceptos, también parece cumplido, tomándose como momento para comenzar el cómputo del plazo de un año para formular la reclamación en supuestos como el que nos ocupa el día en que fue notificado al interesado el fallo del TEAC, que, concretamente, se pronunció el 17 de noviembre de 1997 y se notificó el 30 de enero de 1998.

Los términos de la normativa sobre este extremo contenida en el antedicho precepto legal y en el artículo 4.1, RPRP han de entenderse de acuerdo con el criterio general sobre prescripción sentado en el artículo 1969 del Código Civil, según el cual el plazo de prescripción de las acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Por eso, antes de que el interesado conozca el fallo definitivo o firme sobre el acto que impugnó, no parece exigible que reclame contra los daños que el acto anulado le ha causado porque, es claro, no está en condiciones de hacerlo. Razón por la que la PR contiene una incorrecta computación del plazo prescriptivo aun cuando ello no tenga incidencia en la admisibilidad de la reclamación, que de hecho se produce por la Administración.

III

1. No presenta problema alguno conocer a qué órgano corresponde la resolución del procedimiento, habida cuenta lo establecido claramente en el artículo 142.1, LRJAP-PAC, aunque, siendo posible la delegación al respecto, en este caso actúe el Viceconsejero de Economía, procediéndose adecuadamente de conformidad con el artículo 13, LRJAP-PAC.

Por lo que se refiere a la competencia del órgano que ha de intervenir en el procedimiento en calidad de instructor, ha de señalarse que su determinación ha de ajustarse a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la LRJAP-PAC al que se remite el artículo 3.1, RPRP, siendo relevante al efecto el artículo 12.3 de la Ley citada.

En este sentido, el asunto del que trae causa el procedimiento de responsabilidad no es relevante, ni tampoco que sea por delegación la Viceconsejería de Economía el órgano que efectivamente resuelve. En cambio, conocido que el titular de la competencia resolutoria es el Consejero y que, según el Reglamento orgánico de la Consejería de Hacienda, corresponde a su Secretario General Técnico la función de preparar las resoluciones del Consejero (cfr. artículo 18.1, en conexión con el artículo 15.1 del Decreto 212/1991), ha de concluirse que la instrucción de este procedimiento compete a la Secretaría General Técnica de la Consejería reseñada.

En esta ocasión se ha optado por designar un instructor *ad hoc* extraído del personal de la Dirección General de Tributos. Esta técnica de nombramiento no se ajusta a las exigencias de la normativa procedimental invocada, vulnerando el derecho del interesado, conexo con el principio de objetividad que deba presidir toda actuación pública, de adecuado tratamiento de su solicitud por el órgano legalmente determinado para tramitarla, incluyendo la eventual inadmisión de la reclamación (cfr. artículo 68, LRJAP-PAC).

2. No obstante lo antes expuesto, la función instructora producida se ha ajustado a lo prevenido en los artículos 78 y siguientes de la LRJAP-PAC o, más concretamente, en los artículos 7 y siguientes del RPRP. En esta línea, se ha procedido correctamente en la fase informativa, recabándose informes de todos los órganos administrativos con intervención en los hechos a los que se imputa por el reclamante la producción del resultado lesivo.

3. Asimismo, se ha procedido debidamente a la apertura de un período de prueba, de conformidad con el art. 80.2 de la LRJAP-PAC, aplicable por remisión del art. 7 del RPRP, toda vez que la Administración no tiene por ciertos los hechos alegados por el interesado. Al respecto, éste se ha limitado a la reproducción de la documental adjunta a su reclamación inicial, con aportación de la STC 173/1996, que declaró inconstitucional y, por tanto, nulo el artículo 38.2.2, Ley 5/1990, en cuya

virtud el TEAC anuló la liquidación y subsiguientes actuaciones del gravamen complementario que afectaban al interesado y entonces recurrente.

Sobre este particular ha de indicarse que la prueba propuesta se aceptó sin objeción alguna, aunque pueda advertirse que, aun cuando las sentencias presentadas lo fueron con el propósito evidente de demostrar las nulidades antedichas por ellas resueltas, lo cierto es que a ese fin son formalmente innecesarias, bastando las oportunas referencias a ellas.

4. Concluida la instrucción, se ha evacuado el preceptivo trámite de audiencia con puesta de manifiesto del expediente al interesado, quien a través de su representante reproduce parcialmente en el correspondiente escrito las alegaciones vertidas en el inicial de la reclamación.

Por el órgano instructor se le otorga especial relevancia a la alegación de haberse producido un embargo tendente al cobro de la obligación tributaria después de haber sido anuladas las actuaciones por el TEAC. Y, en atención a ello, se recaba informe ampliatorio de la Tesorería Insular, el cual, aparte de ser cuestionable técnicamente, no se trasladó al reclamante a los efectos oportunos (cfr. artículos 84, 78.1 y 85.3, LRJAP-PAC).

No obstante, la omisión advertida no supone un vicio procedimental cuya no subsanación generaría nulidad de actuación y, por ende, imposibilitaría tanto resolver el procedimiento como efectuar una opinión sobre el fondo del asunto a este Organismo. Así, no es relevante respecto a los extremos a considerar para resolver, ni es trascendente para la situación del reclamante, habida cuenta que reproduce datos obrantes en el expediente o conocidos por el interesado, o bien, aporta otros que en nada inciden en la exigibilidad o no de responsabilidad a la Administración.

5. Por último, se ha incorporado al expediente el Informe emitido por el Servicio Jurídico del Gobierno autónomo, emitido conforme previene el art. 20,j) de su Reglamento orgánico, aprobado por Decreto territorial 19/1992, de 7 de febrero.

Al efecto se ha de advertir que, en propiedad, no se ha hecho esta actuación debidamente porque tal Informe y el Dictamen de este Organismo no pueden tener idéntico objeto o receptor, ni evacuarse en el mismo momento procedimental, al tener distinto carácter y finalidad, de manera que el órgano instructor habría de

manifestar si, a la vista del Informe, mantiene o reforma su inicial PR, remitiendo su resultado al Consejo Consultivo para ser dictaminado.

6. Finalmente, en relación con el contenido de la Resolución del procedimiento y lo expuesto al comienzo del Dictamen sobre la aplicabilidad del sistema de recursos previsto por la Ley 4/1999, procede observar que aquélla ha de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 89.3, LRJAP-PAC. En particular, de acuerdo precisamente con el aplicable nuevo artículo 116 de dicha Ley, aunque esta Resolución cierra la vía administrativa según el artículo 142.6 de la misma, cabe interponer potestativamente recurso de reposición ante el mismo órgano que la dicta. Todo lo cual no se recoge en la PR, por lo que no se ajusta a Derecho en esta cuestión.

IV

1. Entrando en el análisis de la cuestión de fondo, ha de observarse en principio que la PR hace una adecuada inteligencia de los requisitos exigidos por la regulación aplicable, y la jurisprudencia dictada en su aplicación, para determinar de la responsabilidad patrimonial de la Administración imputada, aun siendo normal el funcionamiento del servicio.

Así, la liquidación y recaudación de un tributo no son actuaciones que supongan un daño antijurídico a los sujetos pasivos de aquél por definición, salvo que, precisamente, sea declarada nula la norma que lo crea y, por ende, se elimine dicho tributo del mundo jurídico. Con lo que aparece el derecho en quienes se opusieron en tiempo y forma a su exacción no sólo a la devolución de las cantidades abonadas, especialmente las que lo fueren en vía de apremio, sino también a la indemnización por los daños que esta actuación les generasen, patrimoniales o no y se conecten directamente a los embargos trabados o no.

Y ello, pese a que la lesión sea inevitable consecuencia de la actuación producida porque, en sí misma, es ajustada al Derecho aplicable y hasta exigible según éste, pues procedería la exacción con subsiguiente liquidación y recaudación del gravamen entonces vigente, incluso en vía de apremio y con providencia de embargo previa inspección.

Además, es pertinente insistir en que este caso de eventual exigibilidad de responsabilidad patrimonial es claramente diferente, y así lo ha expuesto reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la recogida en la Sentencia aducida en la

PR, al de la llamada responsabilidad del Estado legislador que se viene a recoger en el artículo 139.3, LRJAP-PAC. En este sentido, es más correcto el tratamiento que de esta cuestión se hace en el Informe del Servicio Jurídico que consta en el expediente que el hecho en la propia PR.

Al respecto baste recordar que el caso legalmente previsto es el de Leyes válidas que, al ser aplicadas y pese a no ser expropiatorias de derechos, generan daños a particulares que se indemnizarán cuando así lo establezcan esas Leyes y en los términos que ellas dispongan; presupuesto obviamente distinto a aquél en que, existiendo en principio deber de soportar la carga o deuda tributaria, sucede que, declarada ésta nula, surge el derecho a recuperar lo abonado por ella y a ser indemnizado por los daños adicionales que el abono obligatorio ocasionó, siempre naturalmente que se pruebe su existencia.

2. En la línea antes expuesta, resulta necesario determinar las dimensiones reales de la eventual lesión ocasionada por la actuación tributaria al interesado, excluyendo la obligada deducción de las cantidades abonadas en concepto de deuda tributaria, aquí por vía de apremio y a través de embargo, cuya liquidación se efectuó incorporando la cuota del gravamen, la sanción por incumplimiento y los intereses de demora en el pago.

Justamente, a los fines que interesan ha de señalarse que tal devolución se efectuó pertinentemente, añadiéndose entonces cierta cantidad en concepto de intereses legales devengados por las sumas trabadas e ingresadas en sucesivas ocasiones; añadido que, correctamente determinado por demás, supone precisamente la indemnización que procede pagar al interesado por el daño que la actuación tributaria le ha generado y que es indemnizable.

Sin embargo, el interesado alude en su reclamación a otros perjuicios que tal actuación le ha generado. Por un lado, el obligado cese en la actividad de explotación de máquinas recreativas que era objeto del gravamen; y, por otro, daños morales por deterioro de su salud síquica a consecuencia de aquélla. Al efecto la PR se pronuncia rechazando las pretensiones del reclamante, pudiéndose enseguida admitir, en relación con la indemnización por daños morales reclamada, que la fundamentación de tal decisión es conforme a Derecho porque nada prueba sobre su existencia el reclamante, que se limita a mencionar supuestos problemas de salud

que los acontecimientos le generaron sin demostración alguna de su producción, consistencia o extensión.

En cuanto al otro eventual daño alegado, la PR basa su rechazo en una doble línea argumental. Así, aduce que no puede haber conexión entre el cese por el interesado de su actividad y la exacción del gravamen porque, de la documentación aportada por el interesado, se deduce que el Acta de destrucción de sus máquinas recreativas que venía explotando, consecuencia forzosa de la baja en la actividad por él solicitada, fue levantada en fecha anterior a la del Acta de incumplimiento de su deber tributario que, como prueba preconstituida, dio lugar a la liquidación del gravamen complementario.

Pero, siendo cierta esta relación de hechos, teniendo las Actas mencionadas fechas de 9 de mayo de 1991 y 24 de junio de 1991 respectivamente, no es correcta la conclusión a la que se llega en cuanto supone ignorar el régimen jurídico de la gestión del gravamen, prefigurado en el propio precepto que lo crea y desarrollado por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 9 de septiembre de 1990.

En efecto, ambas regulaciones disponían que dicho gravamen debería satisfacerse en los veinte primeros días naturales del mes de octubre de cada año mediante la presentación de una declaración-liquidación por cada máquina, haciéndose efectivo el ingreso por cualquiera de los medios admitidos por la normativa vigente. Por tanto, sin necesidad de que la Inspección tributaria le levantara meses después Acta de incumplimiento de la antedicha obligación, el reclamante podía conocer la existencia del gravamen sobre su actividad y la obligatoriedad de su pago, con lo que implicaba si no lo hacía, siendo posible que, conocidas estas circunstancias y sus consecuencias económicas, decidiera darse de baja al no serle posible seguir con la explotación de las máquinas.

El segundo de los argumentos se apoya en la pequeña cuantía que suman los embargos practicados en la cuenta corriente del peticionario, cuyo importe se cifra en 371.692 pesetas, considerando el instructor que tal cantidad no tiene la entidad económica suficiente como para constituirse en motivo de cese en una actividad económica, particularmente de la explotación de máquinas recreativas. Pero también esta argumentación es cuestionable porque, en realidad, el importe a tener en cuenta a la hora de valorar su incidencia sobre la viabilidad de la empresa del interesado debiera ser el total de la deuda reclamada al mismo. Y ésta si es una cantidad lo bastante elevada como para que su pago pueda poner en riesgo la

continuidad del negocio, teniendo en cuenta además el número de máquinas que aquél tenía en explotación.

No obstante, aun siendo insuficiente a los fines pretendidos la argumentación de la PR en el sentido antes expuesto, este Organismo estima que la decisión sobre el alegado perjuicio consistente en el cese de la actividad debe ser desestimatoria, generándose en definitiva la no exigencia de responsabilidad por falta de demostración de la existencia de daño indemnizable.

Así, en las alegaciones efectuadas por el reclamante, tanto en su escrito inicial como en el trámite de audiencia, aquél conecta su solicitud de causar baja en la actividad a los sucesivos embargos que estaba sufriendo (cfr. hecho duodécimo de la reclamación inicial y alegación quinta de las formuladas en fase de audiencia). Pero no sólo no se alega la baja como necesario efecto de la exacción del gravamen, sino que no se demuestra esta conexión al producirse tal baja o al reclamarse ahora. En esta línea, siendo desde luego insuficientes las cantidades embargadas para generar el cese en la actividad, es incuestionable que éste se produjo antes de que se levantara el Acta de incumplimiento o se apremiara al interesado.

C O N C L U S I Ó N

Sin perjuicio de las observaciones formales que se exponen en el Fundamento III, no acreditándose la existencia de daños alegados no indemnizados ya que se conectan a la actuación administrativa realizada, procede desestimar la reclamación formulada, según se expresa en el Fundamento IV.