



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 299/2008

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de julio de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.C., I., M.J., A. y J.A.T.A., E.R.D.S., E.M.P. y R.B.A. por daños ocasionados como consecuencia de la inactividad de la Administración en relación con las irregularidades de la empresa A.B.T., S.A., con la que habían suscrito diferentes contratos de adquisición de valores filatélicos (EXP. 275/2008 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud del Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio, es la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad por daños ocasionados a varios particulares como consecuencia de la inactividad de la Administración en relación con las actividades de la empresa A.B.T., S.A. con la que tenían suscritos diferentes contratos.

La legitimación del Sr. Consejero para solicitar el Dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la citada Ley, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones Públicas de Canarias.

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

II

1. Los hechos que han dado origen a la presente reclamación de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

M.C.A.T.A. y otros siete interesados en este procedimiento suscribieron individualmente con la entidad A.B.T., S.A. diversos contratos que fueron formalizados en Madrid entre los años 2004 y 2006.

En concreto, cada uno de ellos celebró un contrato de mandato por el que se encargó a la citada entidad la adquisición de un lote de valores filatélicos por el importe señalado en el propio contrato. Se celebra seguidamente un segundo contrato por el que se lleva a cabo la entrega de los sellos adquiridos y se procede al pago del precio estipulado, al propio tiempo que se formaliza en el mismo documento un mandato de venta de tales bienes en un determinado periodo de tiempo y por un precio cierto, superior al de adquisición. Con carácter accesorio a este segundo contrato, se formaliza un contrato de depósito no remunerado por el que A.B.T., S.A. se obliga a la conservación y custodia de los bienes adquiridos por el tiempo que dure el contrato principal.

En ambos contratos -mandato de compra y de venta- la entidad ofrece la garantía tanto de la venta como de la compra de los valores filatélicos, que realizará por sí misma en caso de no encontrar terceros interesados.

2. El 7 de mayo de 2007, los interesados presentan la reclamación de responsabilidad patrimonial en la que, con carácter previo al análisis de los presupuestos necesarios que determinan su existencia, exponen diversas alegaciones acerca del que consideran un defectuoso régimen legal de la actividad de comercialización de determinados bienes de inversión y de protección de la clientela.

En síntesis, manifiestan que la regulación legal de la actividad de inversión en bienes tangibles prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva -vigente en el momento de presentación de la reclamación-, resulta insatisfactoria pues en ella se ha evitado expresar de manera directa la naturaleza de la actividad que se pretende regular, debiendo ésta obtenerse de una interpretación "a contrario", en el sentido de que la caracterización legal se restringe a una exclusión directa de cualquier posible asimilación a las actividades financieras regladas, ya que se indica que las entidades que desarrollen la actividad allí descrita no podrán realizar las actividades reservadas

a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, entidades aseguradoras o reaseguradoras, ni tampoco podrán incluir en su denominación ni en su publicidad el adjetivo financiero o colectivo, ni ningún otro que induzca a confusión con aquellas actividades reservadas. Además, esta caracterización negativa tiene como consecuencia que las entidades que la desarrollan de manera profesional no estén sujetas al control de los organismos públicos de supervisión en el mercado financiero (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores o Dirección General de Seguros), ni al cumplimiento de los deberes impuestos a las entidades que operan en el mismo. En contra de esta configuración legal, los reclamantes consideran que las actividades de estas entidades deben revestir el carácter de financieras y no de mera actividad de intermediación en la comercialización de bienes.

3. Por lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración, *los interesados entienden que concurren los presupuestos necesarios* que determinan su existencia y, en concreto:

Se trata de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación, en este caso, a un grupo de personas.

Consideran que el daño patrimonial podría ser cuantificado atendiendo al importe de los créditos que no lleguen a ser cobrados en el seno del procedimiento concursal que se sigue contra la sociedad cuya actividad no fue controlada por los poderes públicos. En este sentido y dado que A.B.T., S.A. está incurso en un procedimiento concursal y que el presupuesto objetivo de la declaración de concurso es la existencia de insolvencia, el daño puede considerarse efectivo dada la imposibilidad de cobrar los créditos, aunque se encuentre pendiente su cuantificación a la espera de la finalización del referido procedimiento.

Constituye además un daño antijurídico que los interesados no tienen el deber de soportar, pues si la actuación de los poderes públicos hubiera sido correcta, por ejercer a tiempo sus obligaciones legales, no hubieran depositado sus ahorros en la citada entidad.

Finalmente, por lo que se refiere al nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos, estiman que los poderes públicos debieron haber actuado desde el momento en que se tuvo conocimiento de los riesgos económicos serios que la actividad organizada de intermediación financiera en la

comercialización de bienes tangibles implicaba, minimizando así las consecuencias perjudiciales que, previsiblemente, podía generar.

Los reclamantes imputan la producción del daño a varios órganos o entidades de distintas Administraciones públicas (Agencia Estatal de Administración Tributaria, al Banco de España, al Ministerio de Economía y Hacienda, al Ministerio de Sanidad y Consumo, a la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid y a la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías del Gobierno de Canarias). En definitiva, sostienen que las distintas Administraciones permanecieron inactivas ante las irregularidades cometidas por la entidad mercantil con la que habían contratado la adquisición y posterior venta de los valores filatélicos, con el consiguiente perjuicio económico que se les ha ocasionado y que se hubiese evitado de haber ejercido su deber de control e intervención sobre esta sociedad.

La responsabilidad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, deriva, según los interesados, del hecho de no ejercer las competencias estatutariamente asumidas en materia de defensa del consumidor o usuario (art. 31 del Estatuto de Autonomía), ni la competencia sancionadora a que se refiere la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

III

Desde el punto de vista del procedimiento, se ha dado cumplimiento a los trámites legalmente establecidos. En particular, se ha requerido el informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño y se ha otorgado el preceptivo trámite de audiencia a los interesados, quienes formularon alegaciones en el periodo concedido al efecto. No obstante, procede significar que se ha incumplido el plazo de resolución del procedimiento [arts. 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP)], lo que no está fundamentado, al no acordarse suspensión del procedimiento o ampliación del plazo indicado por el órgano instructor según la normativa aplicable.

El transcurso del plazo legalmente establecido sin haberse dictado Resolución ha producido la desestimación de la reclamación en aplicación del instituto del silencio administrativo (arts. 43.2 y 142.7 LRJAP-PAC), constando en el expediente que los

interesados han interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto producido.

Ahora bien, ello no obsta al cumplimiento de la obligación de resolver expresamente el procedimiento (arts. 41, 42.1, 2 y 3 y 43.1 y 4 LRJAP-PAC y 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

IV

Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación por entender que no concurren los requisitos legalmente exigidos para que proceda la declaración de responsabilidad de la Administración autonómica.

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho. En el presente caso, no concurren los requisitos legalmente exigibles, dado que no puede apreciarse la legitimación pasiva de la Administración autonómica, ni la existencia de un daño real y efectivo.

Los reclamantes, como se ha indicado, basan su pretensión en la inactividad de la Administración autonómica en relación con sus deberes de control y vigilancia de la Sociedad Anónima implicada. Estos deberes, a su entender, tienen fundamento en las competencias en materia de consumo asumidas estatutariamente por la Comunidad Autónoma y que se concretan, en el caso de las Sociedades que desarrollan este tipo de actividades, en el ejercicio de las competencias sancionadoras previstas en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003. La competencia autonómica en el caso concreto la hacen derivar de la circunstancia de que A.B.T., S.A. tiene establecimiento permanente en Canarias.

Como anteriormente se ha señalado, en la actualidad esta disposición ha sido derogada por la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio. No obstante, es aquella disposición a la que debe estarse por ser la que se encontraba vigente en el momento en que se produjeron los hechos por los que se reclama.

La citada disposición adicional impone determinadas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que realicen profesionalmente la actividad de comercialización de bienes en las condiciones señaladas en la propia norma. Entre estas obligaciones se encuentran la de sometimiento de sus documentos contables a auditoría de cuentas realizada por un profesional inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, a lo que se une el deber de remitir una copia del informe de auditoría a las autoridades

competentes en materia de consumo, así como obligaciones de información a los clientes y de documentación de las operaciones.

El apartado tercero de la misma disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003 tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las obligaciones de someter sus documentos contables a auditorías de cuentas y de las relativas a la información y documentación. La potestad sancionadora habrá de ejercerse por la Administración pública competente por razón de la materia de protección de los consumidores y usuarios (apartado 9).

La norma citada no determina sin embargo cuáles son las concretas autoridades competentes en la materia. Su determinación exige tener en cuenta, como ha advertido el Servicio Jurídico en su informe y ha sido asumido en la Propuesta de Resolución, que la disposición adicional exige que la empresa someta sus documentos contables a auditoría. Esta obligación se impone, pues, a la entidad y no a cada uno de sus establecimientos permanentes, por lo que ha de entenderse que será la Administración competente en materia de consumo correspondiente al domicilio social de la empresa la que deba recibir el informe de auditoría y, en su caso, llevar a cabo aquellas acciones que pudiera corresponderle. Igualmente, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones documentales y de información, será competente para la eventual sanción de las infracciones que se cometan la Administración del lugar donde estos contratos se han celebrado, independientemente de las competencias que ostenta esta Comunidad en materia de consumo. Ninguna de estas circunstancias concurre en el presente caso, pues el domicilio social de la Sociedad radica en Madrid. Por ello, el hecho de que A.B.T., S.A. disponga de un establecimiento permanente en la Comunidad Autónoma de Canarias no es condición suficiente para atribuir a la Administración el ejercicio de la potestad sancionadora prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de donde resulta que carece de legitimación pasiva frente a la pretensión deducida por los reclamantes.

Por otra parte, y aun resultando suficiente para desestimar la reclamación la falta de legitimación pasiva de la Administración autonómica, debe señalarse además que en el momento en que se ha presentado la reclamación no se ha producido un daño real y efectivo. Como los propios reclamantes reconocen, su determinación depende del resultado del procedimiento concursal actualmente en tramitación, de tal manera que sólo cuando éste finalice podrá determinarse, en su caso, aquellos créditos que han devenido incobrables. Sería en todo caso en relación con estos

créditos sobre los que podría plantearse la realidad de un daño, lo que no acontece en el momento presente.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por M.C.A.T.A. y otros frente a la Consejería de Empleo, Industria y Comercio, es conforme a Derecho, por las razones expuestas en el Fundamento IV.