



**DOÑA MARIA ESPERANZA MORENO REVENTÓS, SECRETARIA DEL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA, POR SUSTITUCIÓN.**

**CERTIFICO:** Que según resulta del borrador del acta de la sesión celebrada el día veintitrés de enero de dos mil veinte, visto el expediente nº 1J18RP000003 sobre responsabilidad patrimonial instado por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, por la sanción impuesta en el expediente **4I15SA0021**, tramitado por la Dirección General con competencias en materia de comercio, y de conformidad con los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 19 de octubre de 2018 se presenta en oficina de Correos y Telégrafos de Alcalá de Henares (con entrada en la CARM el día 23/10/2018) reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, adjuntando la documentación que obra en el expediente.

**SEGUNDO.-** El 22 de noviembre de 2018 se emite por el Servicio Jurídico de esta Secretaría General requerimiento de subsanación para su presentación electrónica y subsanación de acreditación de la representación pretendida, que se notifica a la interesada el 23/11/2018.

**TERCERO.-** Con fecha 23 de noviembre de 2018 se presenta electrónicamente reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, adjuntando la documentación que obra en el expediente.



**CUARTO.-** El 12 de diciembre de 2018 se dicta por el Consejero de Empleo, Universidades, Empres y Medio Ambiente (la Secretaria General por delegación), acuerdo de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada electrónicamente, asignándosele número de expediente 1J18RP000003, que es notificado a la interesada el 28/12/2018.

**QUINTO.-** El 22 de enero de 2019 el instructor requiere a la Dirección General competente la emisión del informe preceptivo y la remisión del expediente objeto de la reclamación, lo cual se lleva a efecto mediante comunicación interior de 23/01/2019.

**SEXTO.-** El 30 de enero de 2019 el instructor recibe la documentación solicitada en el fundamento anterior, la cual ya había sido remitida a esta Secretaría General con antelación a su petición mediante comunicación interior de 7/11/2018 de la Jefa de Sección de Infracciones y Sanciones, en la que se adjuntaba informe de Técnico Consultor de fecha 6/11/2018 e información de que el expediente se encontraba subido dentro de la aplicación APEX de esta Consejería, el cual fue objeto de impresión, incorporándose al presente expediente de reclamación patrimonial.

**SÉPTIMO.-** El 1 de febrero de 2019 se dicta por el instructor resolución sobre admisión de pruebas y trámite de audiencia, que es notificada a la interesada el día 04/02/2019, sin que conste en el expediente que la misma haya presentado alegación alguna dentro del trámite otorgado.

**OCTAVO.-** Con fecha 21/02/2019 el órgano instructor formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la mercantil.

**NOVENO.-** Con fecha 05/03/2019, se solicita al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico, emisión de dictamen preceptivo, adjuntando al efecto, borrador de Orden diligenciada desestimatoria de la referida reclamación de responsabilidad patrimonial junto con copia del expediente completo.

**DÉCIMO.-** Con fecha 26/12//2019 se recibe Dictamen nº 464/2019 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, de fecha 26/12/2019, en respuesta a la consulta planteada sobre la responsabilidad patrimonial de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A, en el que se formula las siguientes conclusiones:



**“PRIMERA.-** *Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en tanto que advierte la ausencia de legitimación pasiva de la Administración regional (Consideración Segunda de este Dictamen) y no aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial, según lo razonado en la Consideración Cuarta.*

**SEGUNDA.-** *Se advierte, asimismo, que el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería consultante, de acuerdo con lo que se indica en la Consideración Tercera”.*

A dichos hechos le son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Competencia y régimen jurídico.**

El órgano competente para resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente expediente es el Consejo de Gobierno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) en relación con el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, RJSP), y de acuerdo con lo señalado por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia en la Consideración tercera. II de su dictamen de 26/12//2019:

*«II. Cuando de reclamaciones por actos legislativos se trata, la competencia para resolver recae en el máximo órgano de gobierno de la Administración reclamada, en este caso, el Consejo de Gobierno, como se deduce del artículo 92 LPACAP, en relación con el artículo 32.3 LRJSP, y de la jurisprudencia anterior a este precepto que, de forma consolidada, venía residenciando dicha competencia resolutoria ora en el Consejo de Ministros ora en el respectivo superior órgano ejecutivo de la correspondiente Administración.*



*El Tribunal Supremo ha manifestado -entre otras en sus sentencias de 15 de julio de 1987 y de 8 de enero de 1998, y Auto de 19 de junio de 2003- que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial derivados de un acto legislativo, corresponde la competencia de su resolución al Consejo de Ministros, “al encarnar (...) la unidad de la Administración y ser partícipe y ostentar la máxima representación del poder ejecutivo del Estado”, y “(...) por tratarse de una responsabilidad resultante, no de la actividad de la Administración, sino de acto legislativo no atribuible a ningún departamento ministerial”.*

*Del mismo modo, en Sentencias de 16 de diciembre de 2004 o de 17 de diciembre de 2010, reafirmaba que “sólo el Consejo de Ministros puede pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad del Estado legislador y sus pronunciamientos sólo pueden ser objeto de revisión jurisdiccional por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo ya que la presunta privación de derechos económicos por un acto legislativo, sin concreción, por tanto, en ningún departamento ministerial, corresponde enjuiciarla al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se le atribuye la función ejecutiva conforme al artículo 97 de la Constitución que, al no venir radicada en este caso en una rama determinada de la Administración, corresponde al titular de dicha gestión administrativa, es decir, al Estado en su conjunto y totalidad”.*

*Así lo ha venido admitiendo igualmente sin fisuras el Consejo de Estado en numerosos dictámenes al afirmar la competencia del Consejo de Ministros en estos casos. En este sentido, expresa en el Dictamen 5114/1997, de 23 de octubre, que “el órgano competente para resolver este tipo de reclamaciones es el Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se atribuye la función ejecutiva (artículo 97 de la Constitución). Al imputarse los eventuales daños y perjuicios al Estado legislador tal circunstancia hace parcialmente inaplicables las reglas generales de orden competencial y procedimental, sin perjuicio de las facultades de instrucción del expediente en cuestión, que corresponderá, en cada caso, al departamento ministerial que tenga atribuida la competencia sobre las materias más afines al fondo del asunto”. En análogo sentido, los Dictámenes 26/2013 y 602/2014.*

*Aplicando esta doctrina al ámbito autonómico hay que concluir que la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial sustanciado, fundado en la aplicación de actos legislativos, corresponde al máximo órgano ejecutivo autonómico, esto es, al Consejo de Gobierno, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 6/2004 y no a la Consejería consultante, por más que ésta sí sea la competente para su tramitación, dado*



que se trata de la aplicación de un precepto afectante al comercio interior. En el mismo sentido, nos pronunciamos en el Dictamen 32/2016 de este Consejo Jurídico.

También han expresado su parecer consonante con la interpretación aquí defendida los órganos consultivos de otras Comunidades Autónomas. Así, el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, en su Dictamen 428/2013, alcanza la conclusión de que la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial sustanciado, fundado en la aplicación de actos legislativos, corresponde al máximo órgano ejecutivo autonómico. De igual modo, el Dictamen 53/2003 de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, que considera siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo, que debe ser el Gobierno, órgano superior de la Administración titular de la función ejecutiva, el que resuelva la petición, aunque también señala que la instrucción debe ser realizada por un departamento para cuya selección cabe aplicar el criterio del competente por razón de la materia que aborde la Ley, cuya inconstitucionalidad ampara la pretensión indemnizatoria. Asimismo el Consejo Consultivo de Baleares, en su Dictamen 69/2001, sostiene que al derivarse la reclamación de la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo del Parlamento Autonómico la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial corresponde al Consell de Govern de las Islas Baleares, como máximo órgano de la Comunidad».

El régimen jurídico de aplicación al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, puesto que el origen del presente expediente se encuentra en la solicitud de la interesada de fecha 22/11/2018, es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente en esta materia desde el día 2/10/2016 y en virtud de lo establecido a *sensu contrario* en su Disposición transitoria quinta de la Ley 39/2015.

## **SEGUNDO.- Plazo de interposición de la solicitud de responsabilidad patrimonial.**

En cuanto al plazo de presentación de la reclamación el artículo 67.1 de la citada Ley 39/2015, establece lo siguiente:

*«Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En 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.*

*En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.*

***En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea»***

Por tanto, el plazo de prescripción, para los diferentes supuestos en que puede exigirse la responsabilidad patrimonial de la Administración, es de un año y el inicio de su cómputo varía dependiendo de la naturaleza jurídica del concreto daño.

En el presente caso, vista la solicitud de responsabilidad patrimonial, el daño invocado se produce, a su juicio, porque la Administración le impuso una sanción **aplicando una norma del ordenamiento nacional (artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista) que era contraria a la normativa europea (Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior), por haberlo declarado así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de octubre de 2017, en el asunto C-295/16, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 11/12/2017.**

En base a lo anterior, y dado que dicha sentencia produce sus efectos en esta materia de responsabilidad patrimonial, conforme a lo establecido en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, y puesto que se publicó en dicho diario el día **11 de diciembre de 2017 (2017/C424/10)**, no el 19/10/2017 como manifiesta la reclamante y el informe de la Dirección General (pues dicha fecha es la del dictado de la sentencia), el plazo de un año de prescripción de la acción para



reclamar vencería el 11 de diciembre de 2018, de manera que la reclamación al interponerse electrónicamente el 23 de noviembre de 2018 lo ha sido en plazo.

### **TERCERO.- Legitimación activa y pasiva.**

Los daños cuya indemnización se solicita por la interesada en su escrito de responsabilidad patrimonial afectan al patrimonio de ésta, en concreto, se corresponden con el importe de las sanciones satisfecho (aunque no consta acreditado en el expediente el pago efectivo de dicha sanción), de manera que la interesada gozaría de legitimación activa para interponer la reclamación, a falta de la acreditación del extremo relativo al pago efectivo de la sanción, que no se procede a su comprobación por el instructor en virtud de la conclusión a la que se va a llegar en el análisis de la presente reclamación.

En cuanto a la legitimación pasiva en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, se exige la misma a la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente, actualmente Consejería de Empresa, Industria y Portavocía, en cuanto titular actual del funcionamiento del servicio con competencias en materia de sanciones de comercio, competencia que le atribuye el artículo 5 del Decreto del Presidente nº 29/2019, de 31 de julio, de reorganización de la Administración Regional, modificado por Decreto del Presidente nº 44/2019, de 3 de septiembre, y por cuyo funcionamiento se invoca ser la causante del daño producido consistente en la imposición de sanciones por importe total de 4.000 euros (se trata de un error pues la suma de las sanciones impuestas en el referido expediente es de 4.001 euros), al aplicar una norma de nuestro ordenamiento nacional que resultó ser a posteriori contraria a la normativa europea, por haberlo declarado así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de octubre de 2017, en el asunto C-295/16.

Efectivamente, la sentencia en cuestión, que resuelve una decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 4 de Murcia, declara lo siguiente: “La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, que





Por tanto, en el presente caso, es el Estado legislador, a quien es exigible la correspondiente responsabilidad por haber traspuesto de manera inadecuada o contraria la normativa europea al derecho interno, según declaró la sentencia del Tribunal Europeo. Es el poder legislativo estatal, a quien deberá ser exigida la correspondiente responsabilidad por dicho concepto. No procede, por tanto, atribuir dicho carácter de Estado legislador a esta Comunidad Autónoma, la cual se ha limitado a cumplir lo establecido en la Disposición final cuarta de la citada ley, que advertía a las Administraciones Públicas competentes, que incumplieran lo dispuesto en esa ley o en el derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, que asumirían las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. Esta Comunidad Autónoma se limitó a aplicar una ley aprobada por las Cortes Generales, vigente, como no podía ser de otra forma, y lo hizo de forma correcta, tal y como fue refrendado por todas las sentencias judiciales que se dictaron contra los actos concretos de aplicación de dicha ley estatal. Por tanto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia no tiene en el presente caso la condición de Estado legislador, de manera que no le es exigible responsabilidad patrimonial alguna por dicho concepto.

Así cabe deducirse de lo establecido en el fundamento de derecho séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo 6904/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 17/12/2010 que, entre otras consideraciones, señala lo siguiente:

*[...La responsabilidad del Estado miembro se produce y es exigible por la vulneración del Derecho Comunitario, con independencia del órgano del mismo autor de la acción u omisión causante del incumplimiento, **incluso en los casos en los que lo haya sido un legislador nacional**, como ha establecido el Tribunal de Justicia en la citada sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame, al señalar que "el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables **es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional**".]*

En los mismos términos, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en su Dictamen 464/2019 (Consideración Segunda, página 9), señala que «...el fundamento de la reclamación lo sitúa la actora en la incorrecta aplicación por parte de la Administración regional del artículo 14 LOCM, al considerar que éste no se adecua a las disposiciones



contenidas en la Directiva 2005/29/CE, lo que en atención al principio de primacía del Derecho comunitario habría determinado el carácter no sancionable de la conducta que motivó la imposición de la multa mencionada.

Resulta necesario recordar que el controvertido precepto legal se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de derecho mercantil de la competencia, resultante de la regla 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución. En la actualidad, el artículo 14 LOCM ha sido modificado por el Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España, para adecuar su regulación a la establecida en la Directiva 2005/29/CE y de acuerdo con la interpretación que de la misma establece el TJUE en la sentencia a la que ya se hizo mención. Es de resaltar que, junto a este artículo de la Ley estatal, no se invoca en la reclamación precepto autonómico alguno cuyo aplicación hubiera dado lugar a la imposición de las multas controvertidas, de donde se deduce que aquéllas derivaron en exclusiva de la regulación contenida en el artículo 14 LOCM en relación con el 17 LCD, otra norma de emanación también estatal.

A tal efecto, la jurisprudencia viene estableciendo como título de imputación de la responsabilidad derivada de los actos legislativos la de autoría o dictado de la norma a la que se vincula el daño. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 27 de diciembre de 2001 -luego confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2006-, al resolver sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial por las cantidades abonadas por una mercantil a la Administración tributaria valenciana en concepto de gravamen complementario del juego, procede a delimitar si se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial imputable a la Generalidad Valenciana o si, por el contrario, aquella responsabilidad ha de corresponder al autor de la norma con la que se vincula dicho gravamen, es decir, el Estado. Y lo hace en los siguientes términos:

“Entiende la Sala de instancia que si bien es cierto que contra la Generalidad Valenciana sería plenamente deducible la pretensión de devolución de ingresos indebidos, la pretensión de responsabilidad patrimonial debe deducirse ante la Administración del Estado, pues al ser una ley estatal la declarada inconstitucional, es la Administración del Estado la que debe pechar con el resarcimiento de los daños y perjuicios. En este sentido invoca la doctrina de esta Sala, concretamente la establecida en la sentencia de 13 de junio de 2000, por la que “el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no



*equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El Estado, en su vertiente de legislador responsable de los perjuicios causados a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la ley declarada inconstitucional y, mientras la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado, la Administración gestora en el ámbito tributario puede haber sido la autonómica, como en el caso examinado, u otra de distinto carácter.*

*Por consiguiente, sigue razonando el Tribunal de instancia, no cabe apreciar la imputación de la responsabilidad por actos legislativos del Estado a la Administración autonómica, pudiendo la parte actora -si a su interés compete- dirigirse contra la Administración del Estado...”*

*Si bien el supuesto de la sentencia citada era el de responsabilidad del Estado legislador derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, lo cierto es que el criterio de imputación del daño al autor de la norma también resulta perfectamente trasladable al supuesto de la responsabilidad derivada de la aplicación de una disposición legal contraria al Derecho de la Unión Europea, como así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016, en la que se afirma:*

*“La relación de causalidad es exclusiva toda vez que el daño ocasionado al recurrente deriva de la aplicación de una ley estatal, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, (...) que alumbra el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos. No se trata de determinar, a los efectos que ahora enjuiciamos, qué Administración o Administraciones se han beneficiado de los rendimientos de dicho impuesto, sino qué Administración o Administraciones son responsables de su implantación. Y si bien es cierto que la configuración del impuesto permite que junto al tipo estatal, se aprueben tipos impositivos adicionales por las Comunidades Autónomas, y así lo hicieron algunas, lo cierto es que es la citada Ley 24/2001 la que establece un diseño y estructura del impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea. Es el artículo 9 de la Ley 24/2001 el que trasgrede el artículo 3.2 de la Directiva de impuestos especiales armonizados, dando lugar al ingreso de cantidades económicas por la aplicación de un impuesto, cuya invalidez ha sido declarada. Manteniéndose en vigor durante más de diez años, sin que fuera derogado por quién tenía la competencia para hacerlo.*

*Téngase en cuenta, por lo demás, que estamos enjuiciando la legalidad de una denegación de reclamación por responsabilidad patrimonial y no de una devolución de ingresos*



*indebidos, pues ésta última, efectivamente, se presenta ante la Administración que ha recibido el ingreso indebido, mientras que en el caso de la responsabilidad patrimonial ante la Administración autora de la actuación que causa el daño que debe ser reparado.*

*Acorde con lo expuesto, por tanto, no estamos ante un supuesto de gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación, o de concurrencia de Administraciones en la producción del daño, previstos en artículo 140 de la Ley 30/1992. El daño tiene su origen exclusivo en la Ley 24/2001, que configura un impuesto que vulnera el Derecho comunitario y permite la creación de tipos adicionales por las Comunidades Autónomas. Lo relevante, en definitiva, es la concurrencia de los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial, determinando la acción que, de modo exclusivo, produce la lesión que debe ser indemnizada. Dicho de otro modo, la condición necesaria para ocasionar el perjuicio económico padecido por la parte recurrente es la Ley 24/2001, sin dicha actuación no se hubiera producido, en ninguna de las cantidades abonadas. Y ello no sucede con las leyes autonómicas que se dictaron, por algunas Comunidades Autónomas, al amparo de la citada Ley estatal".*

*Adviértase cómo la jurisprudencia vincula la responsabilidad por la aplicación del acto legislativo contrario al Derecho Comunitario no a la Administración ejecutora o aplicadora de la norma, sino a aquél ente público dotado de poder normativo que la dicta y aprueba, en la consideración de que el daño no nace de la mera actividad ejecutiva. Ésta es, si se quiere, una actuación debida o necesaria para la Administración que ejerce sus competencias al amparo del ordenamiento, pero es el conformador del Derecho, el legislador, el responsable último del diseño del sistema jurídico y de las instituciones que están en la base del daño. Y ello, incluso, aun cuando la potestad normativa corresponda también a otras entidades territoriales, a las cuales, sin embargo, no cabe considerar como responsables del daño cuando la regulación de ellas emanada no hace sino reproducir, desarrollándolo y concretándolo, el esquema o diseño de la regulación estatal.*

*Así, también, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 marzo de 2019, que en un proceso en el que se ventila la responsabilidad patrimonial exigida al Estado por la aplicación de una Ley estatal que ha sido declarada contraria al Derecho Comunitario por el TJUE, se rechaza la alegación de litisconsorcio pasivo necesario de la Comunidad Autónoma de Cataluña con base en el siguiente razonamiento:*



*“La circunstancia de que las Comunidades Autónomas al amparo del artículo 48 de la citada Ley 22/2009 (...), hayan asumido competencias normativas sobre reducciones de la base imponible, tarifa del impuesto, cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente y deducciones y bonificaciones de la cuota, no permite considerar que la diferencia de trato que contempla la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga origen en la normativa autonómica y, en consecuencia, [sea] imputable a la Administración de cada Comunidad.*

*La diferencia de trato que observa la sentencia deriva de la regulación que la Ley estatal 22/1999 ofrece de los puntos de conexión en el artículo 32, sin que por ello apreciase responsabilidad alguna por las Comunidades autónomas. Los fundamentos jurídicos 62 y 63 de la sentencia del Tribunal de Justicia que hemos transcrito revelan que es el criterio de conexión de la legislación española la que da origen al trato diferenciado que se declara disconforme con el derecho europeo”.*

*A la luz de tales consideraciones, no cabe sino concluir que la mera aplicación del artículo 14 LOCM no puede llevar a imputar el daño que se reclama a la Administración regional sino, en su caso, al Estado, como autor del acto legislativo del que deriva el daño y que se aparta de lo establecido en el Derecho de la Unión Europea».*

#### **CUARTO.- Requisitos que determinan la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española dispone que *«los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos»*

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable al presente expediente se regula en el capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 32 al 35, en cuanto a los principios aplicables, el régimen de responsabilidad concurrente de las Administraciones y la regulación de la indemnización; y en cuanto al procedimiento aplicable por el común establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, existiendo en ésta preceptos concretos, aunque dispersos, referidos al procedimiento de responsabilidad patrimonial, así los artículos 65, 67, 81, 82.4, 91 y 92. Por otro lado, cabe resaltar la derogación expresa, por la Disposición derogatoria



única de la última ley citada, del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Visto el régimen jurídico de aplicación, son los artículos 32 y artículo 34 de la Ley 40/2015 los que establecen los requisitos básicos en relación a la exigencia de responsabilidad patrimonial, en los términos siguientes:

Artículo 32:

*«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.*

*La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.*

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

*3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.*

**La responsabilidad del Estado legislador** podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

**a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.**

**b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.**



4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. La **sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea **producirá efectos desde la fecha de su publicación** en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el **funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**.

8. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos



cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».

#### Artículo 34:

«1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los **apartados 4 y 5 del artículo 32**, serán indemnizables los **daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado».



En virtud de las normas expuestas, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, han de cumplirse cuatro requisitos fundamentales, genéricos, para la exigencia de toda responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas:

1. Que exista un hecho imputable a la Administración a la que se exija la responsabilidad.
2. Que tal hecho haya causado un daño real, efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, además de constituir un daño antijurídico que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar.
3. Que exista una relación de causa-efecto entre hecho y perjuicio (entendiendo el término "hecho" en sentido amplio, en el que tienen cabida tanto las acciones como las omisiones de la Administración Pública).
4. Que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de responsabilidad.

En cuanto al primero de los requisitos, y tal como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, el hecho que se invoca como motivador de la exigencia de responsabilidad patrimonial, por ser estado legislador, no es imputable a esta Administración autonómica por no concurrir dicha condición en la misma, de manera que no procede, por innecesario, el análisis de los requisitos subsiguientes.

Respecto a los concretos requisitos exigidos por la normativa antes transcrita relativos a la responsabilidad patrimonial del estado legislador, también la jurisprudencia, así Sentencia del Tribunal Supremo 6904/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 17/12/2010, viene a establecer que deben cumplirse los siguientes:

1. Que se haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.
2. La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares: el resultado prescrito por la Directiva debe implicar la atribución de derechos a favor de particulares.
3. El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado: el contenido de estos derechos puede ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva.
4. Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.



Respecto a la concurrencia del primer requisito, no consta en el expediente 4I15SA0021, ni la reclamante lo ha acreditado, que se interpusiera recurso contencioso-administrativo alguno contra la orden sancionadora resolutoria del expediente sancionador de 14/01/2016 (notificada el 20/1/2016) y por tanto que la interesada haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra dicha actuación administrativa que supuestamente ocasionó el daño, y por tanto, tampoco resultaría cumplido el requisito relativo a que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea en dicho recurso contencioso-administrativo, que posteriormente fuese declarada.

En cuanto a los requisitos 2 y 3, y consecuentemente el 4, tampoco concurren en el caso que nos ocupa, puesto que la norma europea infringida, la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), no tiene por objeto conferir derecho alguno a los particulares, pues se limita a establecer el régimen jurídico aplicable a la venta con pérdida desde el punto de la ordenación del comercio, sin que nada se regule, menos aún derechos, en dicho precepto en relación con los consumidores y usuarios.

Asimismo, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en su Dictamen 464/2019 (Consideración cuarta), en relación al cumplimiento de los requisitos del citado artículo 32.5, señala lo siguiente:

*«1. Sin perjuicio de que la ausencia de legitimación pasiva de la Administración regional ya sería suficiente por sí misma para desestimar la reclamación formulada, procede efectuar a continuación un breve y sintético repaso por los requisitos que el artículo 32.5 LRJSP exige para declarar la responsabilidad por la aplicación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, lo que permite advertir que algunos de ellos tampoco concurren en el supuesto sometido a consulta, fundamentando aún más la resolución desestimatoria de la reclamación que habrá de dictarse.*

*En efecto, de conformidad con el precepto citado, para que la lesión derivada de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea sea indemnizable, el particular debe haber obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho comunitario posteriormente declarada. Además,*



habrán de cumplirse los siguientes requisitos: a) la norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) el incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; y c) ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Ya antes de su positivización en la LRJSP, la jurisprudencia había ido perfilando estos requisitos como de necesaria concurrencia para declarar la responsabilidad de los Estados Miembros por el incumplimiento del Derecho europeo. Así, habían sido establecidos como sigue: a) que la norma europea violada pudiera considerarse una norma atributiva de derechos a los particulares; b) que la violación fuera suficientemente caracterizada, y c) que hubiera una relación de causalidad directa entre los daños sufridos y aquella violación (sentencias del TJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, y de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier*, entre otras).

Lo que haya de entenderse por violación del Derecho de la Unión Europea suficientemente caracterizada lo resume la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de marzo de 2019, sintetizando la jurisprudencia europea, en los siguientes términos: "...para atribuir el calificativo de suficientemente caracterizada o lo que es lo mismo, si la infracción debe reputarse como manifiesta y grave, ha de tenerse en cuenta una reiterada jurisprudencia que si bien reconoce que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de ese requisito, ha venido estableciendo pautas orientativas, entre las que cabe citar las siguientes: a) el grado o nivel de claridad o precisión de la norma vulnerada, b) el mayor o menor margen de apreciación de que disponga el estado miembro respecto a la norma vulnerada, c) el carácter intencionado o involuntario de la infracción o del perjuicio, d) la naturaleza excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, e) la hipotética contribución de una institución comunitaria en la comisión de la infracción, y f) el mantenimiento en el tiempo de medidas contrarias al derecho comunitario (SSTJUE de 5 de marzo de 1996, caso *Brasserie du Pêcheur S.A.*, de 26 de marzo de 1996, ya citada, o los casos *Dillenkofer*, de 8 de octubre de 1996 y *British Telecommunications*, y las de esta Sala de 12 de junio de 2003 -recurso 46/1998- y 18 de enero de 2016 -recurso 194/2015-, entre otras)".

La Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (Dictamen núm. 211/2015), por su parte, siguiendo la doctrina ya señalada y en atención a los principios de equivalencia y efectividad (Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010, caso *Transportes Urbanos y Servicios*



Generales, S.A.L.), pone de relieve que “la responsabilidad por infracción de derecho europeo no podría resultar menos favorable que la aplicación de los criterios internos de responsabilidad patrimonial por anulación de actos administrativos, que es el supuesto con el que guarda una analogía sustancial. Y, en este sentido, la doctrina de esta Comisión, coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exige el requisito de que se produzca una desatención normativa flagrante o un apartamiento manifiesto de la legalidad. Es decir, que se haya incurrido -como dice la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 26 de enero de 2006, Medici Grimm- “en una irregularidad que no habría cometido una Administración normalmente prudente y diligente” (la traducción del original en catalán es nuestra).

II. A la luz de los indicados requisitos legales y criterios interpretativos ofrecidos por la jurisprudencia y los órganos consultivos, ha de ponerse de manifiesto que la mercantil reclamante ningún esfuerzo ha realizado en orden a acreditar o justificar la concurrencia de los mismos en el supuesto sometido a consulta, lo que, como es lógico, opera en contra de su pretensión indemnizatoria.

1. Así, en primer lugar, resulta evidente que no concurre en este caso el requisito de que se haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, ya que ni se ha alegado esa circunstancia ni se ha acreditado de ningún modo. Ni, en consecuencia, se cumple el requerimiento de que la interesada haya planteado en algún momento anterior a la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial que la conducta infractora que había motivado la incoación del procedimiento sancionador no fuese punible conforme a la Directiva 2005/29/CE o que el artículo 14 LOCM, en relación con el 17 LCD, no se adecuaban a lo establecido en dicha norma.

2. En cuanto a que la norma europea infringida sea atributiva de derechos, lo cierto es que prima facie y atendido el objeto de la indicada Directiva, no parece concurrir dicho requisito en la medida en que la norma se dirige a disciplinar las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, protegiendo los intereses económicos de éstos frente a aquéllas, como de forma taxativa señala el Considerando 8 de la misma: “La presente Directiva protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”. De modo que, si algún derecho atribuye la Directiva, sus titulares serían los consumidores, no las empresas, por lo que resulta difícil



admitir un pretendido derecho de éstas a realizar ventas a pérdida, dados los perniciosos efectos que tal práctica puede producir en el mercado. En cualquier caso, el nulo esfuerzo argumentativo de la reclamante en relación con la concurrencia de este requisito no parece exigir un mayor razonamiento por nuestra parte, sin perjuicio de advertir que la propuesta de resolución incurre en el error de considerar que la norma que ha de otorgar derechos a los particulares sería la legislación nacional, en este caso el artículo 14 LOCM, y no la europea, lo que habría de ser corregido.

3. Otro tanto cabría decir de la exigencia relativa a que la infracción del Derecho europeo sea suficientemente caracterizada. En efecto, la reclamante guarda silencio a la hora de acreditar o justificar la concurrencia de este requisito central en el esquema de la responsabilidad derivada de la aplicación de una normativa contraria al Derecho de la Unión Europea. De hecho, ni siquiera llega a alegar que se haya producido, pues cuando subsume los hechos del caso en la regulación contenida en el artículo 32.5 LRJSP, afirma que concurren los requisitos a su entender allí exigidos y que identifica con los siguientes: a) la existencia de una lesión; b) que se haya aplicado de forma contraria al Derecho Europeo una normativa nacional, para lo que se limita a remitir a lo señalado en la STJUE de 19 de octubre de 2017, c) que el daño se haya producido en los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia europea y d) que la reclamación se presente en el plazo de un año desde que se haya publicado la Sentencia del TJUE que declaró la oposición del artículo 14 LOCM a la regulación contenida en la Directiva 2005/29/CE.

En consecuencia, la falta de alegación y razonamiento acerca de la concurrencia de tal requisito de la responsabilidad patrimonial instada, impide que se pueda declarar tampoco el cumplimiento de ese último requisito. Así pues, se debe concluir que no existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por la empresa interesada, lo que debe conducir a la desestimación de la reclamación formulada».

En otro orden de examen de requisitos exigibles, el artículo 34 antes transcrito, establece que para los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán **indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.



Pues bien, en base a lo anterior y puesto que, nada dispone la sentencia al respecto y dado que fue publicada el 11/12/2017, únicamente serían indemnizables los **daños causados posteriores al 11/12/2012**, requisito que si se cumpliría, en relación a esta Comunidad Autónoma, en el expediente sancionador 4115SA0021, pues la sanción se impuso definitivamente en vía administrativa mediante orden del Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo de 14 de enero de 2016.

#### **QUINTO.- Normativa aplicable.**

El presente expediente de responsabilidad patrimonial se ha tramitado de conformidad con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En su virtud, vistos los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y los preceptos legales y reglamentarios citados y demás concordantes de general aplicación, de acuerdo con la propuesta formulada por el órgano instructor y de acuerdo con el Dictamen nº 464/2019, de 26/12/2019, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en aplicación del artículo 92 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a propuesta de la Consejera de Empresa, Industria y Portavocía, el Consejo de Gobierno adopta del siguiente

#### **ACUERDO:**

**PRIMERO: Desestimar** la solicitud de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED], en nombre y representación de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, por la sanción impuesta en el expediente 4115SA0021, por no concurrir los requisitos exigidos en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

**SEGUNDO:** Notificar la resolución a la interesada, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, comunicándole que contra la misma, que agota la vía



administrativa, podrá interponer recurso de reposición con carácter potestativo, ante este mismo órgano que la ha dictado, en el plazo de un mes a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar su notificación, o bien interponer directamente recurso contencioso-administrativo, dentro del plazo de los dos meses siguientes a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin perjuicio de cualquier otro recurso que conforme a la legislación resulte procedente.

Dar traslado del mismo al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del mismo, aprobado por Decreto nº 15/1998, de 2 de abril.

**Y para que conste y a los procedentes efectos, expido y firmo la presente en Murcia a la fecha de la firma electrónica recogida al margen.**



**RELACIÓN DE DOCUMENTOS CONTENIDOS EN EL EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL 1J18RP000003, RELATIVO A LA PROPUESTA DE ACUERDO A CONSEJO DE GOBIERNO POR EL QUE SE DESESTIMA LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, INSTADA POR LA MERCANTIL TOYS R US IBERIA, S.A., CON MOTIVO DE LOS PRESUNTOS DAÑOS Y PERJUICIOS SUFRIDOS COMO CONSECUENCIA DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, A CAUSA DE LA SANCIÓN IMPUESTA POR LA DIRECCIÓN GENERAL CON COMPETENCIAS EN MATERIA DE COMERCIO, EN EL EXPEDIENTE 4I15SA0021.**

1. Propuesta de Acuerdo de Consejo de Gobierno desestimando la reclamación de responsabilidad patrimonial de la mercantil.
2. Resolución de la Dirección General de Comercio y Protección Consumidor, de 14/01/2016, imponiendo a la mercantil sanción por importe de 4.001,00 €.
3. Solicitud genérica de la mercantil de fecha 23/11/2018, por la que se presenta electrónicamente reclamación de responsabilidad patrimonial de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A., adjuntando escritura de poderes del representante.
4. Acuerdo de admisión a trámite de la reclamación de 12/12/2018, y certificado de la notificación de dicho Acuerdo, efectuada el 28/12/2018.
5. Informe de Técnico Consultor de la Dirección General de Comercio, Consumo y Simplificación Administrativa de 06/11/2018, relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la mercantil.
6. Resolución de admisión de pruebas y trámite de audiencia de 1/02/2019 y certificado de su notificación electrónica, efectuada el 04/02/2019.
7. Propuesta de Orden desestimatoria, de fecha 21 de febrero de 2019.
8. Borrador de orden diligenciada de 05/03/2019, para su remisión al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al objeto de recabar su dictamen preceptivo.
9. Dictamen nº 464/2019 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia de 26/12/2019.



## AL CONSEJO DE GOBIERNO

Visto el expediente nº 1J18RP000003 sobre responsabilidad patrimonial instado por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, por la sanción impuesta en el expediente **4I15SA0021**, tramitado por la Dirección General con competencias en materia de comercio, y de conformidad con los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 19 de octubre de 2018 se presenta en oficina de Correos y Telégrafos de Alcalá de Henares (con entrada en la CARM el día 23/10/2018) reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, adjuntando la documentación que obra en el expediente.

**SEGUNDO.-** El 22 de noviembre de 2018 se emite por el Servicio Jurídico de esta Secretaría General requerimiento de subsanación para su presentación electrónica y subsanación de acreditación de la representación pretendida, que se notifica a la interesada el 23/11/2018.

**TERCERO.-** Con fecha 23 de noviembre de 2018 se presenta electrónicamente reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, adjuntando la documentación que obra en el expediente.

**CUARTO.-** El 12 de diciembre de 2018 se dicta por el Consejero de Empleo, Universidades, Empres y Medio Ambiente (la Secretaria General por delegación), acuerdo de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada electrónicamente, asignándosele número de expediente 1J18RP000003, que es notificado a la interesada el 28/12/2018.

**QUINTO.-** El 22 de enero de 2019 el instructor requiere a la Dirección General competente la emisión del informe preceptivo y la remisión del expediente objeto de la reclamación, lo cual se lleva a efecto mediante comunicación interior de 23/01/2019.

**SEXTO.-** El 30 de enero de 2019 el instructor recibe la documentación solicitada en el fundamento anterior, la cual ya había sido remitida a esta Secretaría General con antelación a su petición mediante comunicación interior de 7/11/2018 de la Jefa de Sección de Infracciones y Sanciones, en la que se adjuntaba informe de Técnico Consultor de fecha 6/11/2018 e información de que el expediente se encontraba subido dentro de la



aplicación APEX de esta Consejería, el cual fue objeto de impresión, incorporándose al presente expediente de reclamación patrimonial.

**SÉPTIMO.-** El 1 de febrero de 2019 se dicta por el instructor resolución sobre admisión de pruebas y trámite de audiencia, que es notificada a la interesada el día 04/02/2019, sin que conste en el expediente que la misma haya presentado alegación alguna dentro del trámite otorgado.

**OCTAVO.-** Con fecha 21/02/2019 el órgano instructor formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la mercantil.

**NOVENO.-** Con fecha 05/03/2019, se solicita al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico, emisión de dictamen preceptivo, adjuntando al efecto, borrador de Orden diligenciada desestimatoria de la referida reclamación de responsabilidad patrimonial junto con copia del expediente completo.

**DÉCIMO.-** Con fecha 26/12//2019 se recibe Dictamen nº 464/2019 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, de fecha 26/12/2019, en respuesta a la consulta planteada sobre la responsabilidad patrimonial de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A, en el que se formula las siguientes conclusiones:

***“PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en tanto que advierte la ausencia de legitimación pasiva de la Administración regional (Consideración Segunda de este Dictamen) y no aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial, según lo razonado en la Consideración Cuarta.***

***SEGUNDA.- Se advierte, asimismo, que el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería consultante, de acuerdo con lo que se indica en la Consideración Tercera”.***

A dichos hechos le son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Competencia y régimen jurídico.**

El órgano competente para resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente expediente es el Consejo de Gobierno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 39/2015, de 1



de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) en relación con el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, RJSP), y de acuerdo con lo señalado por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia en la Consideración tercera. II de su dictamen de 26/12//2019:

*«II. Cuando de reclamaciones por actos legislativos se trata, la competencia para resolver recae en el máximo órgano de gobierno de la Administración reclamada, en este caso, el Consejo de Gobierno, como se deduce del artículo 92 LPACAP, en relación con el artículo 32.3 LRJSP, y de la jurisprudencia anterior a este precepto que, de forma consolidada, venía residenciando dicha competencia resolutoria ora en el Consejo de Ministros ora en el respectivo superior órgano ejecutivo de la correspondiente Administración.*

*El Tribunal Supremo ha manifestado -entre otras en sus sentencias de 15 de julio de 1987 y de 8 de enero de 1998, y Auto de 19 de junio de 2003- que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial derivados de un acto legislativo, corresponde la competencia de su resolución al Consejo de Ministros, “al encarnar (...) la unidad de la Administración y ser partícipe y ostentar la máxima representación del poder ejecutivo del Estado”, y “(...) por tratarse de una responsabilidad resultante, no de la actividad de la Administración, sino de acto legislativo no atribuible a ningún departamento ministerial”.*

*Del mismo modo, en Sentencias de 16 de diciembre de 2004 o de 17 de diciembre de 2010, reafirmaba que “sólo el Consejo de Ministros puede pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad del Estado legislador y sus pronunciamientos sólo pueden ser objeto de revisión jurisdiccional por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo ya que la presunta privación de derechos económicos por un acto legislativo, sin concreción, por tanto, en ningún departamento ministerial, corresponde enjuiciarla al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se le atribuye la función ejecutiva conforme al artículo 97 de la Constitución que, al no venir radicada en este caso en una rama determinada de la Administración, corresponde al titular de dicha gestión administrativa, es decir, al Estado en su conjunto y totalidad”.*

*Así lo ha venido admitiendo igualmente sin fisuras el Consejo de Estado en numerosos dictámenes al afirmar la competencia del Consejo de Ministros en estos casos. En este sentido, expresa en el Dictamen 5114/1997, de 23 de octubre, que “el órgano competente para resolver este tipo de reclamaciones es el Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se atribuye la función ejecutiva (artículo 97 de la Constitución). Al imputarse los eventuales daños y perjuicios al Estado legislador tal circunstancia hace parcialmente inaplicables las reglas generales de orden competencial y procedimental, sin perjuicio de las facultades de instrucción del expediente en cuestión, que corresponderá, en cada caso, al departamento ministerial que tenga atribuida la competencia sobre las materias más afines al fondo del asunto”. En análogo sentido, los Dictámenes 26/2013 y 602/2014.*

*Aplicando esta doctrina al ámbito autonómico hay que concluir que la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial sustanciado, fundado en la aplicación de actos legislativos, corresponde al máximo órgano ejecutivo autonómico, esto es, al Consejo de Gobierno, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 6/2004 y no a la Consejería consultante, por más que ésta sí sea la competente para su tramitación, dado que se trata de la aplicación de un precepto afectante al comercio interior. En el mismo sentido, nos pronunciamos en el Dictamen 32/2016 de este Consejo Jurídico.*

*También han expresado su parecer consonante con la interpretación aquí defendida los órganos consultivos de otras Comunidades Autónomas. Así, el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, en su Dictamen 428/2013, alcanza la conclusión de que la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial sustanciado, fundado en la aplicación de actos legislativos, corresponde al máximo órgano ejecutivo autonómico. De igual modo, el Dictamen 53/2003 de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, que considera siguiendo la pauta marcada por el*



*Tribunal Supremo, que debe ser el Gobierno, órgano superior de la Administración titular de la función ejecutiva, el que resuelva la petición, aunque también señala que la instrucción debe ser realizada por un departamento para cuya selección cabe aplicar el criterio del competente por razón de la materia que aborde la Ley, cuya inconstitucionalidad ampara la pretensión indemnizatoria. Asimismo el Consejo Consultivo de Baleares, en su Dictamen 69/2001, sostiene que al derivarse la reclamación de la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo del Parlamento Autonómico la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial corresponde al Consell de Govern de las Islas Baleares, como máximo órgano de la Comunidad».*

El régimen jurídico de aplicación al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, puesto que el origen del presente expediente se encuentra en la solicitud de la interesada de fecha 22/11/2018, es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente en esta materia desde el día 2/10/2016 y en virtud de lo establecido *a sensu contrario* en su Disposición transitoria quinta de la Ley 39/2015.

## **SEGUNDO.- Plazo de interposición de la solicitud de responsabilidad patrimonial.**

En cuanto al plazo de presentación de la reclamación el artículo 67.1 de la citada Ley 39/2015, establece lo siguiente:

*«Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En 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.*

*En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.*

*En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea»*

Por tanto, el plazo de prescripción, para los diferentes supuestos en que puede exigirse la responsabilidad patrimonial de la Administración, es de un año y el inicio de su cómputo varía dependiendo de la naturaleza jurídica del concreto daño.

En el presente caso, vista la solicitud de responsabilidad patrimonial, el daño invocado se produce, a su juicio, porque la Administración le impuso una sanción **aplicando una norma del ordenamiento nacional (artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista) que era contraria a la normativa europea (Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior), por haberlo declarado así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de octubre de 2017, en el asunto C-295/16, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 11/12/2017.**



En base a lo anterior, y dado que dicha sentencia produce sus efectos en esta materia de responsabilidad patrimonial, conforme a lo establecido en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, y puesto que se publicó en dicho diario el día **11 de diciembre de 2017 (2017/C424/10)**, no el 19/10/2017 como manifiesta la reclamante y el informe de la Dirección General (pues dicha fecha es la del dictado de la sentencia), el plazo de un año de prescripción de la acción para reclamar vencería el 11 de diciembre de 2018, de manera que la reclamación al interponerse electrónicamente el 23 de noviembre de 2018 lo ha sido en plazo.

### **TERCERO.- Legitimación activa y pasiva.**

Los daños cuya indemnización se solicita por la interesada en su escrito de responsabilidad patrimonial afectan al patrimonio de ésta, en concreto, se corresponden con el importe de las sanciones satisfecho (aunque no consta acreditado en el expediente el pago efectivo de dicha sanción), de manera que la interesada gozaría de legitimación activa para interponer la reclamación, a falta de la acreditación del extremo relativo al pago efectivo de la sanción, que no se procede a su comprobación por el instructor en virtud de la conclusión a la que se va a llegar en el análisis de la presente reclamación.

En cuanto a la legitimación pasiva en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, se exige la misma a la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente, actualmente Consejería de Empresa, Industria y Portavocía, en cuanto titular actual del funcionamiento del servicio con competencias en materia de sanciones de comercio, competencia que le atribuye el artículo 5 del Decreto del Presidente nº 29/2019, de 31 de julio, de reorganización de la Administración Regional, modificado por Decreto del Presidente nº 44/2019, de 3 de septiembre, y por cuyo funcionamiento se invoca ser la causante del daño producido consistente en la imposición de sanciones por importe total de 4.000 euros (se trata de un error pues la suma de las sanciones impuestas en el referido expediente es de 4.001 euros), al aplicar una norma de nuestro ordenamiento nacional que resultó ser a posteriori contraria a la normativa europea, por haberlo declarado así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de octubre de 2017, en el asunto C-295/16.

Efectivamente, la sentencia en cuestión, que resuelve una decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 4 de Murcia, declara lo siguiente: “La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva”. La disposición nacional en cuestión que se opone a la citada Directiva 2005/29 no es otra que el artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE Nº 15, de 17/1/1996), que define, bajo el título Prohibición de la venta con pérdida, dentro del ordenamiento jurídico español la venta con pérdida, y en base al cual se consideraron



cometidas las infracciones en cuya virtud se impusieron las sanciones cuyo abono hoy se reclama a esta Comunidad Autónoma.

Pues bien, dicho ello, cabe afirmar que la Consejería de Empresa, Industria y Portavocía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia carece de la legitimación pasiva que se le reclama. Y ello, porque la reclamación de responsabilidad patrimonial se exige a esta Comunidad Autónoma al amparo de lo establecido en el artículo 32.3, apartado b), de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece la **responsabilidad del Estado legislador** cuando **los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea**, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 de dicho precepto y siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores: 1, 2 y 3. Requisito que no concurre en esta Comunidad Autónoma puesto que no fue ésta quien traspuso al Derecho interno español la Directiva antes referida, sino que dicha trasposición se produjo por Ley de las Cortes Generales, nº 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE nº 315, de 31/12/2009), y ello por ser la competencia desleal materia reservada a la competencia estatal, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1, reglas 6.ª, 8.ª y 13.ª, de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, las bases de las obligaciones contractuales y las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica general, y el resto de las disposiciones de la ley relativas a la regulación de las acciones derivadas de la competencia desleal y al régimen común en materia de derechos básicos de los consumidores e infracciones y sanciones, al ser competencias exclusivas del Estado en materia de legislación procesal, condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.1.ª, 6.ª y 13.ª de la Constitución.

Por tanto, en el presente caso, es el Estado legislador, a quien es exigible la correspondiente responsabilidad por haber traspuesto de manera inadecuada o contraria la normativa europea al derecho interno, según declaró la sentencia del Tribunal Europeo. Es el poder legislativo estatal, a quien deberá ser exigida la correspondiente responsabilidad por dicho concepto. No procede, por tanto, atribuir dicho carácter de Estado legislador a esta Comunidad Autónoma, la cual se ha limitado a cumplir lo establecido en la Disposición final cuarta de la citada ley, que advertía a las Administraciones Públicas competentes, que incumplieran lo dispuesto en esa ley o en el derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, que asumirían las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. Esta Comunidad Autónoma se limitó a aplicar una ley aprobada por las Cortes Generales, vigente, como no podía ser de otra forma, y lo hizo de forma correcta, tal y como fue refrendado por todas las sentencias judiciales que se dictaron contra los actos concretos de aplicación de dicha ley estatal. Por tanto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia no tiene en el presente caso la condición de Estado legislador, de manera que no le es exigible responsabilidad patrimonial alguna por dicho concepto.

Así cabe deducirse de lo establecido en el fundamento de derecho séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo 6904/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 17/12/2010 que, entre otras consideraciones, señala lo siguiente:



[...La responsabilidad del Estado miembro se produce y es exigible por la vulneración del Derecho Comunitario, con independencia del órgano del mismo autor de la acción u omisión causante del incumplimiento, **incluso en los casos en los que lo haya sido un legislador nacional**, como ha establecido el Tribunal de Justicia en la citada sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame, al señalar que "el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables **es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional**".]

En los mismos términos, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en su Dictamen 464/2019 (Consideración Segunda, página 9), señala que «...el fundamento de la reclamación lo sitúa la actora en la incorrecta aplicación por parte de la Administración regional del artículo 14 LOCM, al considerar que éste no se adecua a las disposiciones contenidas en la Directiva 2005/29/CE, lo que en atención al principio de primacía del Derecho comunitario habría determinado el carácter no sancionable de la conducta que motivó la imposición de la multa mencionada.

Resulta necesario recordar que el controvertido precepto legal se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de derecho mercantil de la competencia, resultante de la regla 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución. En la actualidad, el artículo 14 LOCM ha sido modificado por el Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España, para adecuar su regulación a la establecida en la Directiva 2005/29/CE y de acuerdo con la interpretación que de la misma establece el TJUE en la sentencia a la que ya se hizo mención. Es de resaltar que, junto a este artículo de la Ley estatal, no se invoca en la reclamación precepto autonómico alguno cuyo aplicación hubiera dado lugar a la imposición de las multas controvertidas, de donde se deduce que aquéllas derivaron en exclusiva de la regulación contenida en el artículo 14 LOCM en relación con el 17 LCD, otra norma de emanación también estatal.

A tal efecto, la jurisprudencia viene estableciendo como título de imputación de la responsabilidad derivada de los actos legislativos la de autoría o dictado de la norma a la que se vincula el daño. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 27 de diciembre de 2001 -luego confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2006-, al resolver sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial por las cantidades abonadas por una mercantil a la Administración tributaria valenciana en concepto de gravamen complementario del juego, procede a delimitar si se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial imputable a la Generalidad Valenciana o si, por el contrario, aquella responsabilidad ha de corresponder al autor de la norma con la que se vincula dicho gravamen, es decir, el Estado. Y lo hace en los siguientes términos:

“Entiende la Sala de instancia que si bien es cierto que contra la Generalidad Valenciana sería plenamente deducible la pretensión de devolución de ingresos indebidos, la pretensión de responsabilidad patrimonial debe deducirse ante la Administración del Estado, pues al ser una ley estatal la declarada inconstitucional, es la Administración del Estado la que debe pechar con el resarcimiento de los daños y perjuicios. En este sentido invoca la doctrina de esta Sala, concretamente la establecida en la sentencia de 13 de junio de 2000, por la que "el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El Estado, en su vertiente de legislador responsable de los perjuicios causados a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la ley declarada inconstitucional y, mientras la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado, la Administración gestora en el ámbito tributario puede haber sido la autonómica, como en el caso examinado, u otra de distinto carácter.



*Por consiguiente, sigue razonando el Tribunal de instancia, no cabe apreciar la imputación de la responsabilidad por actos legislativos del Estado a la Administración autonómica, pudiendo la parte actora -si a su interés compete- dirigirse contra la Administración del Estado...”.*

*Si bien el supuesto de la sentencia citada era el de responsabilidad del Estado legislador derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, lo cierto es que el criterio de imputación del daño al autor de la norma también resulta perfectamente trasladable al supuesto de la responsabilidad derivada de la aplicación de una disposición legal contraria al Derecho de la Unión Europea, como así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016, en la que se afirma:*

*“La relación de causalidad es exclusiva toda vez que el daño ocasionado al recurrente deriva de la aplicación de una ley estatal, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, (...) que alumbra el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos. No se trata de determinar, a los efectos que ahora enjuicamos, qué Administración o Administraciones se han beneficiado de los rendimientos de dicho impuesto, sino qué Administración o Administraciones son responsables de su implantación. Y si bien es cierto que la configuración del impuesto permite que junto al tipo estatal, se aprueben tipos impositivos adicionales por las Comunidades Autónomas, y así lo hicieron algunas, lo cierto es que es la citada Ley 24/2001 la que establece un diseño y estructura del impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea. Es el artículo 9 de la Ley 24/2001 el que trasgrede el artículo 3.2 de la Directiva de impuestos especiales armonizados, dando lugar al ingreso de cantidades económicas por la aplicación de un impuesto, cuya invalidez ha sido declarada. Manteniéndose en vigor durante más de diez años, sin que fuera derogado por quién tenía la competencia para hacerlo.*

*Téngase en cuenta, por lo demás, que estamos enjuiciando la legalidad de una denegación de reclamación por responsabilidad patrimonial y no de una devolución de ingresos indebidos, pues ésta última, efectivamente, se presenta ante la Administración que ha recibido el ingreso indebido, mientras que en el caso de la responsabilidad patrimonial ante la Administración autora de la actuación que causa el daño que debe ser reparado.*

*Acorde con lo expuesto, por tanto, no estamos ante un supuesto de gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación, o de concurrencia de Administraciones en la producción del daño, previstos en artículo 140 de la Ley 30/1992. El daño tiene su origen exclusivo en la Ley 24/2001, que configura un impuesto que vulnera el Derecho comunitario y permite la creación de tipos adicionales por las Comunidades Autónomas. Lo relevante, en definitiva, es la concurrencia de los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial, determinando la acción que, de modo exclusivo, produce la lesión que debe ser indemnizada. Dicho de otro modo, la condición necesaria para ocasionar el perjuicio económico padecido por la parte recurrente es la Ley 24/2001, sin dicha actuación no se hubiera producido, en ninguna de las cantidades abonadas. Y ello no sucede con las leyes autonómicas que se dictaron, por algunas Comunidades Autónomas, al amparo de la citada Ley estatal”.*

*Adviértase cómo la jurisprudencia vincula la responsabilidad por la aplicación del acto legislativo contrario al Derecho Comunitario no a la Administración ejecutora o aplicadora de la norma, sino a aquél ente público dotado de poder normativo que la dicta y aprueba, en la consideración de que el daño no nace de la mera actividad ejecutiva. Ésta es, si se quiere, una actuación debida o necesaria para la Administración que ejerce sus competencias al amparo del ordenamiento, pero es el conformador del Derecho, el legislador, el responsable último del diseño del sistema jurídico y de las instituciones que están en la base del daño. Y ello, incluso, aun cuando la potestad normativa corresponda también a otras entidades territoriales, a las cuales, sin embargo, no cabe considerar como responsables del daño cuando la regulación de ellas emanada no hace sino reproducir, desarrollándolo y concretándolo, el esquema o diseño de la regulación estatal.*



Así, también, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 marzo de 2019, que en un proceso en el que se ventila la responsabilidad patrimonial exigida al Estado por la aplicación de una Ley estatal que ha sido declarada contraria al Derecho Comunitario por el TJUE, se rechaza la alegación de litisconsorcio pasivo necesario de la Comunidad Autónoma de Cataluña con base en el siguiente razonamiento:

“La circunstancia de que las Comunidades Autónomas al amparo del artículo 48 de la citada Ley 22/2009 (...), hayan asumido competencias normativas sobre reducciones de la base imponible, tarifa del impuesto, cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente y deducciones y bonificaciones de la cuota, no permite considerar que la diferencia de trato que contempla la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga origen en la normativa autonómica y, en consecuencia, [sea] imputable a la Administración de cada Comunidad.

La diferencia de trato que observa la sentencia deriva de la regulación que la Ley estatal 22/1999 ofrece de los puntos de conexión en el artículo 32, sin que por ello apreciase responsabilidad alguna por las Comunidades autónomas. Los fundamentos jurídicos 62 y 63 de la sentencia del Tribunal de Justicia que hemos transcrito revelan que es el criterio de conexión de la legislación española la que da origen al trato diferenciado que se declara disconforme con el derecho europeo”.

A la luz de tales consideraciones, no cabe sino concluir que la mera aplicación del artículo 14 LOCM no puede llevar a imputar el daño que se reclama a la Administración regional sino, en su caso, al Estado, como autor del acto legislativo del que deriva el daño y que se aparta de lo establecido en el Derecho de la Unión Europea».

#### **CUARTO.- Requisitos que determinan la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española dispone que «los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos»

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable al presente expediente se regula en el capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 32 al 35, en cuanto a los principios aplicables, el régimen de responsabilidad concurrente de las Administraciones y la regulación de la indemnización; y en cuanto al procedimiento aplicable por el común establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, existiendo en ésta preceptos concretos, aunque dispersos, referidos al procedimiento de responsabilidad patrimonial, así los artículos 65, 67, 81, 82.4, 91 y 92. Por otro lado, cabe resaltar la derogación expresa, por la Disposición derogatoria única de la última ley citada, del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Visto el régimen jurídico de aplicación, son los artículos 32 y artículo 34 de la Ley 40/2015 los que establecen los requisitos básicos en relación a la exigencia de responsabilidad patrimonial, en los términos siguientes:

Artículo 32:



«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

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

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

**La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos previstos en los apartados anteriores:**

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, **siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada**. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. **La sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea **producirá efectos desde la fecha de su publicación** en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «**Diario Oficial de la Unión Europea**», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el **funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**.

8. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».



#### Artículo 34:

*«1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*

*En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los **apartados 4 y 5 del artículo 32**, serán indemnizables los **daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.*

*2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.*

*3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.*

*4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado».*

En virtud de las normas expuestas, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, han de cumplirse cuatro requisitos fundamentales, genéricos, para la exigencia de toda responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas:

1. Que exista un hecho imputable a la Administración a la que se exija la responsabilidad.
2. Que tal hecho haya causado un daño real, efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, además de constituir un daño antijurídico que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar.
3. Que exista una relación de causa-efecto entre hecho y perjuicio (entendiendo el término “hecho” en sentido amplio, en el que tienen cabida tanto las acciones como las omisiones de la Administración Pública).
4. Que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de responsabilidad.

En cuanto al primero de los requisitos, y tal como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, el hecho que se invoca como motivador de la exigencia de responsabilidad patrimonial, por ser estado legislador, no es imputable a esta Administración autonómica por no concurrir dicha condición en la misma, de manera que no procede, por innecesario, el análisis de los requisitos subsiguientes.

Respecto a los concretos requisitos exigidos por la normativa antes trascrita relativos a la responsabilidad patrimonial del estado legislador, también la jurisprudencia, así Sentencia del Tribunal Supremo 6904/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 17/12/2010, viene a establecer que deben cumplirse los siguientes:



1. Que se haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.
2. La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares: el resultado prescrito por la Directiva debe implicar la atribución de derechos a favor de particulares.
3. El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado: el contenido de estos derechos puede ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva.
4. Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Respecto a la concurrencia del primer requisito, no consta en el expediente 4I15SA0021, ni la reclamante lo ha acreditado, que se interpusiera recurso contencioso-administrativo alguno contra la orden sancionadora resolutoria del expediente sancionador de 14/01/2016 (notificada el 20/1/2016) y por tanto que la interesada haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra dicha actuación administrativa que supuestamente ocasionó el daño, y por tanto, tampoco resultaría cumplido el requisito relativo a que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea en dicho recurso contencioso-administrativo, que posteriormente fuese declarada.

En cuanto a los requisitos 2 y 3, y consecuentemente el 4, tampoco concurren en el caso que nos ocupa, puesto que la norma europea infringida, la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), no tiene por objeto conferir derecho alguno a los particulares, pues se limita a establecer el régimen jurídico aplicable a la venta con pérdida desde el punto de la ordenación del comercio, sin que nada se regule, menos aún derechos, en dicho precepto en relación con los consumidores y usuarios.

Asimismo, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en su Dictamen 464/2019 (Consideración cuarta), en relación al cumplimiento de los requisitos del citado artículo 32.5, señala lo siguiente:

*«I. Sin perjuicio de que la ausencia de legitimación pasiva de la Administración regional ya sería suficiente por sí misma para desestimar la reclamación formulada, procede efectuar a continuación un breve y sintético repaso por los requisitos que el artículo 32.5 LRJSP exige para declarar la responsabilidad por la aplicación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, lo que permite advertir que algunos de ellos tampoco concurren en el supuesto sometido a consulta, fundamentando aún más la resolución desestimatoria de la reclamación que habrá de dictarse.*

*En efecto, de conformidad con el precepto citado, para que la lesión derivada de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea sea indemnizable, el particular debe haber obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho comunitario posteriormente declarada. Además, habrán de cumplirse los siguientes requisitos: a) la norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) el incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; y c) ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.*



Ya antes de su positivización en la LRJSP, la jurisprudencia había ido perfilando estos requisitos como de necesaria concurrencia para declarar la responsabilidad de los Estados Miembros por el incumplimiento del Derecho europeo. Así, habían sido establecidos como sigue: a) que la norma europea violada pudiera considerarse una norma atributiva de derechos a los particulares; b) que la violación fuera suficientemente caracterizada, y c) que hubiera una relación de causalidad directa entre los daños sufridos y aquella violación (sentencias del TJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, y de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier*, entre otras).

Lo que haya de entenderse por violación del Derecho de la Unión Europea suficientemente caracterizada lo resume la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de marzo de 2019, sintetizando la jurisprudencia europea, en los siguientes términos: “...para atribuir el calificativo de suficientemente caracterizada o lo que es lo mismo, si la infracción debe reputarse como manifiesta y grave, ha de tenerse en cuenta una reiterada jurisprudencia que si bien reconoce que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de ese requisito, ha venido estableciendo pautas orientativas, entre las que cabe citar las siguientes: a) el grado o nivel de claridad o precisión de la norma vulnerada, b) el mayor o menor margen de apreciación de que disponga el estado miembro respecto a la norma vulnerada, c) el carácter intencionado o involuntario de la infracción o del perjuicio, d) la naturaleza excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, e) la hipotética contribución de una institución comunitaria en la comisión de la infracción, y f) el mantenimiento en el tiempo de medidas contrarias al derecho comunitario (SSTJUE de 5 de marzo de 1996, caso *Brasserie du Pêcheur S.A.*, de 26 de marzo de 1996, ya citada, o los casos *Dillenkofer*, de 8 de octubre de 1996 y *British Telecommunications*, y las de esta Sala de 12 de junio de 2003 -recurso 46/1998- y 18 de enero de 2016 -recurso 194/2015-, entre otras)”.

La Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (Dictamen núm. 211/2015), por su parte, siguiendo la doctrina ya señalada y en atención a los principios de equivalencia y efectividad (Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010, caso *Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L.*), pone de relieve que “la responsabilidad por infracción de derecho europeo no podría resultar menos favorable que la aplicación de los criterios internos de responsabilidad patrimonial por anulación de actos administrativos, que es el supuesto con el que guarda una analogía sustancial. Y, en este sentido, la doctrina de esta Comisión, coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exige el requisito de que se produzca una desatención normativa flagrante o un apartamiento manifiesto de la legalidad. Es decir, que se haya incurrido -como dice la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 26 de enero de 2006, *Medici Grimm*- “en una irregularidad que no habría cometido una Administración normalmente prudente y diligente” (la traducción del original en catalán es nuestra).

II. A la luz de los indicados requisitos legales y criterios interpretativos ofrecidos por la jurisprudencia y los órganos consultivos, ha de ponerse de manifiesto que la mercantil reclamante ningún esfuerzo ha realizado en orden a acreditar o justificar la concurrencia de los mismos en el supuesto sometido a consulta, lo que, como es lógico, opera en contra de su pretensión indemnizatoria.

1. Así, en primer lugar, resulta evidente que no concurre en este caso el requisito de que se haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, ya que ni se ha alegado esa circunstancia ni se ha acreditado de ningún modo. Ni, en consecuencia, se cumple el requerimiento de que la interesada haya planteado en algún momento anterior a la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial que la conducta infractora que había motivado la incoación del procedimiento sancionador no fuese punible conforme a la Directiva 2005/29/CE o que el artículo 14 LOCM, en relación con el 17 LCD, no se adecuaban a lo establecido en dicha norma.

2. En cuanto a que la norma europea infringida sea atributiva de derechos, lo cierto es que *prima facie* y atendido el objeto de la indicada Directiva, no parece concurrir dicho requisito en la medida en que la norma se dirige a disciplinar las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, protegiendo los



intereses económicos de éstos frente a aquéllas, como de forma taxativa señala el Considerando 8 de la misma: “La presente Directiva protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”. De modo que, si algún derecho atribuye la Directiva, sus titulares serían los consumidores, no las empresas, por lo que resulta difícil admitir un pretendido derecho de éstas a realizar ventas a pérdida, dados los perniciosos efectos que tal práctica puede producir en el mercado. En cualquier caso, el nulo esfuerzo argumentativo de la reclamante en relación con la concurrencia de este requisito no parece exigir un mayor razonamiento por nuestra parte, sin perjuicio de advertir que la propuesta de resolución incurre en el error de considerar que la norma que ha de otorgar derechos a los particulares sería la legislación nacional, en este caso el artículo 14 LOCM, y no la europea, lo que habría de ser corregido.

3. Otro tanto cabría decir de la exigencia relativa a que la infracción del Derecho europeo sea suficientemente caracterizada. En efecto, la reclamante guarda silencio a la hora de acreditar o justificar la concurrencia de este requisito central en el esquema de la responsabilidad derivada de la aplicación de una normativa contraria al Derecho de la Unión Europea. De hecho, ni siquiera llega a alegar que se haya producido, pues cuando subsume los hechos del caso en la regulación contenida en el artículo 32.5 LRJSP, afirma que concurren los requisitos a su entender allí exigidos y que identifica con los siguientes: a) la existencia de una lesión; b) que se haya aplicado de forma contraria al Derecho Europeo una normativa nacional, para lo que se limita a remitir a lo señalado en la STJUE de 19 de octubre de 2017, c) que el daño se haya producido en los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia europea y d) que la reclamación se presente en el plazo de un año desde que se haya publicado la Sentencia del TJUE que declaró la oposición del artículo 14 LOCM a la regulación contenida en la Directiva 2005/29/CE.

En consecuencia, la falta de alegación y razonamiento acerca de la concurrencia de tal requisito de la responsabilidad patrimonial instada, impide que se pueda declarar tampoco el cumplimiento de ese último requisito. Así pues, se debe concluir que no existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por la empresa interesada, lo que debe conducir a la desestimación de la reclamación formulada».

En otro orden de examen de requisitos exigibles, el artículo 34 antes transcrito, establece que para los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán **indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

Pues bien, en base a lo anterior y puesto que, nada dispone la sentencia al respecto y dado que fue publicada el 11/12/2017, únicamente serían indemnizables los **daños causados posteriores al 11/12/2012**, requisito que si se cumpliría, en relación a esta Comunidad Autónoma, en el expediente sancionador 4I15SA0021, pues la sanción se impuso definitivamente en vía administrativa mediante orden del Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo de 14 de enero de 2016.

#### QUINTO.- Normativa aplicable.

El presente expediente de responsabilidad patrimonial se ha tramitado de conformidad con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



Región de Murcia  
Consejería de Empresa,  
Industria y Portavocía

En su virtud, vistos los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y los preceptos legales y reglamentarios citados y demás concordantes de general aplicación, de acuerdo con la propuesta formulada por el órgano instructor y de acuerdo con el Dictamen nº 464/2019, de 26/12/2019, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en aplicación del artículo 92 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, propongo al Consejo de Gobierno la adopción del siguiente

#### ACUERDO:

**PRIMERO: Desestimar** la solicitud de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, por la sanción impuesta en el expediente 4I15SA0021, por no concurrir los requisitos exigidos en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

**SEGUNDO:** Notificar la resolución a la interesada, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, comunicándole que contra la misma, que agota la vía administrativa, podrá interponer recurso de reposición con carácter potestativo, ante este mismo órgano que la ha dictado, en el plazo de un mes a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar su notificación, o bien interponer directamente recurso contencioso-administrativo, dentro del plazo de los dos meses siguientes a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de cualquier otro recurso que conforme a la legislación resulte procedente.

Dar traslado del mismo al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del mismo, aprobado por Decreto nº 15/1998, de 2 de abril.

**Murcia, en la fecha de la firma electrónica indicada al margen.  
LA CONSEJERA DE EMPRESA, INDUSTRIA Y PORTAVOCÍA  
Ana Martínez Vidal.**



**RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO Y  
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR RESPECTO AL PROCEDIMIENTO  
SANCIONADOR ORDINARIO Nº 4I15SA0021, EN MATERIA DEL RÉGIMEN  
DEL COMERCIO MINORISTA EN LA REGIÓN DE MURCIA.**

Vistas las distintas actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia y resultando los siguientes

**I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO: SERVICIO DE INSPECCIÓN.**

Vista acta de inspección 7147-7148 de veintiocho de noviembre de 2014, en la que consta no se anuncia ventas en liquidación, restos y/o saldos, levantada en "toys r us" TOYS "R" US IBERIA, S.A. -A79520656, sito en el Centro Comercial Thader de Avda. Juan de Borbon, s/n de 30110 Churra-Murcia, folleto "toys r us black friday dtos 60 %50% 30% del 24 al 29 de noviembre de 2014".

**SEGUNDO: ACUERDO DE INCOACIÓN.**

El día 25 de marzo de 2015 se dictó Acuerdo de iniciación de expediente sancionador bajo el nº 4I15SA0021 contra la mercantil TOYS "R" US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, siendo ésta notificada a la interesada legalmente en fecha 15 de abril de 2015, en el que se le imputaba la comisión de una infracción a los siguientes artículos:

1. Artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, infracción calificada como grave en el artículo 65.1.c) del mismo texto legal, en concordancia con el artículo 50.3) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre.

2. Artículo 45.c) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista de la Región de Murcia, infracción calificada como leve en el artículo 50.2.c) del mismo texto legal..

Y ello en base a los siguientes hechos constatados:

1.- Ofertar o realizar venta al público con pérdida en los productos:

1.- figura Huntik.- 8001444150209. CIK2223. Giochi Preziosi España S.L. Fabricado en China, con un precio anterior de 20,99€ descuento 76,18% P.V.P. 5,00€, resultando un margen de -7,99€ (-61,51%), conforme con la factura 000151833 de 11/10/2012 y factura 009901206 de 16/10/2012 de GIOCHI PREZIOSI ESPAÑA, S.L.- B62452156.

2.- peluche basico Perlita.- 3296580048045. Ref.04804. 62901. Bandai España S.A. Fabricado en China, con un precio anterior de 9,99€ descuento 69,97% P.V.P. 3,00€.



Región de Murcia

Consejería de Desarrollo Económico, Turismo  
y Empleo

Dirección General de Comercio y Protección del  
Consumidor

5º.2 El instructor del expediente manifestó que a la vista de todo lo actuado, de los hechos probados y de los fundamentos jurídicos de aplicación, cabía concluir que nos encontramos ante una presunta infracción de los siguientes artículos:

1.- Artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, infracción calificada como grave en el artículo 65.1.c) del mismo texto legal, en concordancia con el artículo 50.3) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre.

2. Artículo 45.c) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista de la Región de Murcia, infracción calificada como leve en el artículo 50.2.c) del mismo texto legal.

5º.3 Por todo ello, y por aplicación del artículo 54 de la Ley 11/2006 propuso que se sancionara con **multa de 3.001 euros**, por la infracción consistente en ofertar o realizar ventas al público con pérdida de los productos citados más arriba; y **multa de 1.000 euros**, por la infracción consistente en anunciar unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos citados más arriba.

#### **SEXTO: ALEGACIONES A LA PROPUESTA**

Que en el plazo establecido para ello la inculpada ha formulado alegaciones a la Propuesta de Resolución que no fueron admitidas por presentarse fuera de plazo, si bien deben ser admitidas a trámite conforme determina el artículo 76 de la Ley 30/92, por lo que la Orden de fecha 23 de octubre de 2015 de Secretaría General de esta Consejería ordena retrotraer actuaciones hasta el momento anterior al dictado de la resolución sancionadora.

De esta manera procedemos al estudio de las alegaciones presentadas, donde manifiesta que la rebaja del precio de los productos objeto del expediente se debía a una venta de saldos, sin embargo reconoce no comunicarlo así a los consumidores, sino que lo hizo a través del mensaje "oportunidades" y en un color distinto a las existentes y en un lugar separado del resto de productos, por lo que solicita se le impute una falta leve.

De igual modo expone que en todo caso deberá respetarse lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal, negando la existencia de venta con pérdida.

Respecto a la infracción consistente en anunciar unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos citados más arriba manifiesta que la promoción disponía de unidades suficientes y no contravino lo dispuesto en la normativa vigente.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes



La resolución final del procedimiento cumple con las justas exigencias de motivación y con el deber de resolver todas las cuestiones que se planteen en el expediente a que alude el *art. 138 de la L.R.J.P.A.C.*

- IV -  
**FONDO DEL ASUNTO**

**A. ARTÍCULOS INFRINGIDOS.**

1.- Artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, infracción calificada como grave en el artículo 65.1.c) del mismo texto legal, en concordancia con el artículo 50.3) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre.

2. Artículo 45.c) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista de la Región de Murcia, infracción calificada como leve en el artículo 50.2.c) del mismo texto legal

**B. HECHOS PROBADOS.**

1.- Ofertar o realizar venta al público con pérdida en los productos:

1.- figura Huntik.- 8001444150209. CIK2223. Giochi Preziosi España S.L. Fabricado en China, con un precio anterior de 20,99€ descuento 76,18% P.V.P. 5,00€, resultando un margen de -7,99€ (-61,51%), conforme con la factura 000151833 de 11/10/2012 y factura 009901206 de 16/10/2012 de GIOCHI PREZIOSI ESPAÑA, S.L.-B62452156.

2.- peluche basico Perlita.- 3296580048045. Ref.04804. 62901. Bandai España S.A. Fabricado en China, con un precio anterior de 9,99€ descuento 69,97% P.V.P. 3,00€, resultando un margen de -13,35€ (-81,65%), conforme con la factura 9849900 de 21/12/2011 de BANDAI ESPAÑA, S.A.-A19159573.

También en la venta unitaria, sin promoción P.V.P. 9,99€, precio de adquisición 16,35€, resultando un margen de -6,36€ (-38,89%),

2.- Anuncia unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos:

- mi gran amigo Rayo Macquen.- 746775358150. Mattel España S.A. Hecho en China.

- muñeca Nancy Essential.- 8410779310811. 7011081FM-3324. Art. 700011081. Famosa Spain 2014. Nif.: A84392596. Fabricado en China.

- hada Winx.- 8005163219735. GPH21973/ES.WTT31012090. Distribuido en España por Giochi Preziosi España S.L. Fabricado en China.



conducta de los competidores de vender a esos precios inferiores que se pretenden alcanzar con la venta a pérdidas tenga "capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas". Y en cuanto a este segundo requisito, hay que manifestar que lo que el precepto exige no es que la citada conducta de los competidores de vender a esos precios inferiores suponga una afectación real significativa a sus ventas, sino que sea susceptible de afectar significativamente a sus ventas, esto es, un juicio de pronóstico: que existan indicios de que tal conducta de los competidores va a afectar, en un futuro cercano, de forma significativa, dice el precepto, a sus ventas.

El primer requisito exige acreditar que los competidores vendían esos mismos productos a esos precios inferiores en las fechas cercanas a la decisión de la inculpada de vender con pérdida ; ahora bien, con la acreditación de tal extremo, no es suficiente, pues es necesario también acreditar, para entender incurso su conducta en la causa de justificación analizada, que esta conducta de los competidores, de forma indiciaria, podía afectar, de forma significativa, a sus ventas en un futuro cercano. Y el cumplimiento de este segundo requisito sólo en manos de la inculpada está el poderlo acreditar mediante los oportunos estudios de mercado y análisis de sus propias ventas en los que se reflejara esa tendencia a la afectación "significativa" a sus ventas, que no puede darse por supuesta o calificarla de notoria o evidente a partir del solo dato de la acreditación de la venta de esos productos a precios inferiores por sus competidores.

Y ello, porque lo que el precepto exige no es sólo que la conducta de los competidores de vender a precios inferiores sea susceptible de afectar a las ventas de la interesada, sino que esa posible afectación sea cualificada, "significativa", dice el precepto, y esta afectación cualificada o significativa no puede deducirse del mero dato de la constatación de los precios inferiores de los competidores, sino que exige la aportación por la interesada de sus propios estudios de mercado y análisis de sus propias ventas de los que deducir tal posibilidad de afectación significativa a sus ventas.

Y esos estudios de mercado y análisis de sus propias ventas, en los que se apreciara esta tendencia de afectación significativa a sus ventas, debían estar en poder de la propia interesada antes de adoptar su decisión de vender tales productos con pérdida porque era lo único que podía justificar la realización de tal conducta que, en principio, era ilícita. Sin embargo, nada se ha aportado al respecto.

De igual modo debemos traer a colación las siguientes sentencias:

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm. 159/2001 de 28 febrero. "Por otra parte se percibe en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista una preocupación por acotar la noción, delimitándola de manera muy precisa, asegurando que no pueda diluirse con prácticas comerciales habituales en los sectores de la venta y distribución realizada de manera masiva o por grandes empresas que pueden beneficiarse de su posición en el mercado para eliminar a otros competidores, ya que pueden negociar – cuando no imponer– a los proveedores condiciones más beneficiosas desde el punto de



como la intención oculta de disuadir o eliminar a competidores. Un comportamiento cuya racionalidad económica resulta evidente ya que el coste y los riesgos de la sanción no son elevados y los beneficios sí.

Por otro lado queda igualmente constatado la infracción calificada como leve, al anunciar unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas, no pudiendo tener favorable acogida las alegaciones presentadas toda vez que hacen alusión a la suficiente disponibilidad del producto, pero no al anuncio sobre el número total de las mismas en los productos citados más arriba.

Por último debemos hacer referencia a las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Murcia de 20 de mayo de 2009 y 4 de octubre de 2010, que desestiman los recursos contencioso-administrativos presentados, ya que en relación al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 131.3 de la Ley 30/92, establece que “en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”, estableciéndose a continuación determinados criterios para la graduación de la sanción...” El Tribunal Supremo, en relación con el tenor de estos preceptos, viene manteniendo en Sentencias de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1995, entre muchas otras, que el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional y que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. En este caso, la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre Régimen de Comercio Minorista, establece en su artículo 54 que las infracciones leves serán sancionadas con apercibimiento o multa de hasta 3.000 euros, en tanto que las infracciones graves serán sancionadas con multa de 3.001 a 15.000 euros; y para la graduación de las sanciones se establece en el artículo 55 que la cuantía de las sanciones económicas se graduará teniendo en cuenta los criterios básicos establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/92, los criterios del artículo 69 de la Ley 7/1996, el grave daño causado a los intereses de los consumidores y el aprovechamiento indebido del poder de demanda de los menores. Así se ha sancionado una infracción grave con seis mil euros, dentro de la mitad inferior y del grado mínimo, si dividimos la extensión de la multa en tres grados (que irían de 3.001 a 7.000 euros, el grado mínimo, de 7.001 a 11.000 euros el medio, y de 11.001 a 15.000 euros el máximo). Difícilmente puede entenderse vulnerado el principio de proporcionalidad cuando se imponen sanciones en grado mínimo, pero además, en este caso la resolución sancionadora justifica la graduación de la sanción atendiendo al criterio del artículo 131.2 de la Ley 30/92 en conexión con el artículo 69 de la Ley 7/1996. En el mismo sentido debe entenderse la referencia que la resolución sancionadora hace a la entidad de la empresa de referencia, que no es un criterio de graduación aislado, sino conectado con la vocación de imponer una sanción pecuniaria que evite que la sanción sea más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas, lo que adquiere especial significación en empresas como la sancionada, con notable implantación en el mercado y elevado volumen de facturación.



Región de Murcia

Consejería de Desarrollo Económico, Turismo  
y Empleo

Dirección General de Comercio y Protección del  
Consumidor

129

1.- Multa de 3.001 euros, por la infracción consistente en ofertar o realizar ventas al público con pérdida de los productos citados más arriba.

2.-Multa de 1.000 euros, por la infracción consistente en anunciar unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos citados más arriba.

Notifíquese la presente Resolución al interesado con la indicación de que agota la vía administrativa, y de conformidad con lo establecido en el artículo 107 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, podrá interponer, con carácter potestativo, Recurso de Reposición ante el Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su notificación, o Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Murcia, a 14 de enero de 2016

EL CONSEJERO DE DESARROLLO ECONÓMICO  
TURISMO Y EMPLEO

P.D. Orden de 20 de julio de 2015

(BORM nº 169 de fecha 24 de julio de 2015)

LA DIRECTORA GENERAL  
DE COMERCIO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

  
*Francisca Cabrera Sánchez*  
Edo: Francisca Cabrera Sánchez



CPR-9052675

# LIQUIDACIÓN



SUJETO PASIVO	N.I.F. / C.I.F.	Apellidos y nombre o Razón social	Teléfono de contacto
	A79520656	TOYS "R"US, IBERIA, S. A.	
Dirección postal (Via / Código Postal / Municipio /Provincia)			
M 300, KM. 29,800,,00000 28802 ALCALÁ DE HENARES MADRID			
REPRESENTANTE SUJETO PASIVO	N.I.F. / C.I.F.	Apellidos y nombre o Razón social	Teléfono de contacto
	Dirección postal (Via / Código Postal / Municipio /Provincia)		

## DETALLES DE LA LIQUIDACIÓN

## Ejemplar para la Administración

H Impon:Código:H00001 F. Devengo: 26/02/2016 Descripción: Sanciones Admin. Consejería, Industria, Empresa e Innovación 4.001,00 €

Atributos del Hecho Imponible	Descripción	Valor	Unidad
	Importe Sanción	4001	Euros

Total cuotas	4.001,00 €
Beneficio Fiscal	0,00 €
Otros ajustes (*)	0,00 €
Ingreso a cuenta	0,00 €
I.V.A. /R.E.	0,00 €
Exención I.V.A.	0,00 €
Interés de Demora	0,00 €
<b>IMPORTE A INGRESAR</b>	<b>4.001,00 €</b>

### PLAZOS PARA EFECTUAR EL INGRESO :

Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 del mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente. Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 5 del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

### MEDIOS DE IMPUGNACION

Contra esta liquidación podrá interponer, en el plazo de UN MES, contados a partir del día siguiente al de la notificación o del día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo:

RECURSO DE REPOSICIÓN ante este órgano que ha dictado el acto liquidatorio, o alternatively,

RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA ante el CONSEJERO COMPETENTE EN MATERIA DE HACIENDA, si bien el escrito de interposición deberá dirigirse a este órgano que ha dictado el acto liquidatorio.

Fecha y firma del liquidador:

La Directora General de Comercio y Protección del Consumidor

He recibido la presente liquidación, quedando enterado de los derechos que me asisten y de la obligación contraída

Fecha y firma del sujeto pasivo

Fecha y firma del notificador

(\*) RESERVADO A LA ADMINISTRACIÓN (OBSERVACIONES):

Ref Administrativa 4115SA0021

**Forma de Pago:** Por ingreso en las siguientes Entidades Colaboradoras según los correspondientes códigos de Transacción

RURALCAJA	EXP124	BANKIA	TX117
BANCO MARE NOSTRUM	TRANS 290	BANCO SABADELL	IC2300
BANCO POPULAR HIPOTECARIO ESP	474	LA CAIXA	RCA (F5)
BANCO SANTANDER	R E T O	CAJA RURAL CENTRAL	TLPVT555
BANCO POPULAR ESPAÑOL	CbrTrbCCAA	CAJAMAR	HACIEN
BANKINTER	A228	CAJA RURAL REGIONAL S AGUSTIN	EXP125
BBVA	TRN 1375		

**Pago telemático:** A través de los servicios de banca electrónica de las entidades colaboradoras autorizadas que se citan. Para ello deberá tener contratado previamente este servicio con la entidad y acceder al sitio web correspondiente, bien directamente, o bien a través de la opción de pago telemático del portal tributario de la Consejería de Hacienda <http://www.carm.es/cah> introduciendo a continuación los datos relativos a nº de serie de veintiocho dígitos que figura en la cabecera del documento y su importe. Una vez efectuado el pago la entidad le remitirá a su dispositivo local de impresión justificante del mismo.

CAJAMURCIA (INTEL.VIA), BANCO SABADELLCAM, LA CAIXA (LINEA ABIERTA), BBVA (BBVA NET), BANKINTER (EBANKINTER.COM), BANCO POPULAR (BANK ON LINE)

CPR-9052675	JUSTIFICACIÓN Y DILIGENCIA DE INGRESO EN LA ENTIDAD COLABORADORA			
Entidad Colaboradora	Sucursal (Código)	Código de Transacción /CCC	Fecha Ingreso	Importe
0000297				



# SOLICITUD

0000-11

## GENÉRICA

Actúa como  Interesado  Representante

### 1 - Datos del Procedimiento

Código del Procedimiento 1609 1609 - Presentación Electrónica de solicitudes, escritos y comunicaciones n

Destino A14024233 - SECRETARIA GENERAL DE EMPLEO, UNIVERSIDADES, EMPRESA Y MEDIO AMBIENTE

### 2 - Datos del Interesado

Razon Social TOYS R US IBERIA SA CIF A79520656

Primer Apellido \_\_\_\_\_ Segundo Apellido \_\_\_\_\_ Nombre \_\_\_\_\_

Documento \_\_\_\_\_ Via \_\_\_\_\_

Número \_\_\_\_\_ Piso \_\_\_\_\_ Puerta \_\_\_\_\_ Portal \_\_\_\_\_ Escalera \_\_\_\_\_ Km \_\_\_\_\_ Código Postal \_\_\_\_\_

Provincia \_\_\_\_\_ Municipio \_\_\_\_\_ Localidad \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_

### 3 - Datos del Representante

Primer Apellido BATISTA Segundo Apellido FAYAD Nombre ANDRES

Documento NIF [REDACTED] Via Calle \_\_\_\_\_

Número \_\_\_\_\_ Piso \_\_\_\_\_ Puerta \_\_\_\_\_ Portal \_\_\_\_\_ Escalera \_\_\_\_\_ Km \_\_\_\_\_ Código Postal \_\_\_\_\_

Provincia \_\_\_\_\_ Municipio \_\_\_\_\_ Localidad \_\_\_\_\_

### 4 - Notificación Electrónica

#### AUTORIZACIÓN EXPRESA DE NOTIFICACIÓN [1]

 Deseo ser notificado por carta en mi domicilio  Deseo ser notificado electrónicamente

#### IMPORTANTE: PARA ACCEDER A ESTE SISTEMA EL CIUDADANO HA DE DISPONER DE CERTIFICADO ELECTRÓNICO

Autorizo a la SECRETARIA GENERAL DE EMPLEO, UNIVERSIDADES, EMPRESA Y MEDIC

a notificarme a través del Servicio de Notificación electrónica por comparecencia en la Sede Electrónica de la CARM, los actos y resoluciones administrativos que se deriven de la tramitación de esta solicitud.

A tal fin, me comprometo [2] a acceder periódicamente a través de mi certificado digital, DNI electrónico o de los sistemas de clave concertada o cualquier otro sistema habilitado por la Administración Regional, a mi buzón electrónico ubicado en la Sede Electrónica de la CARM <https://sede.carm.es/> en el apartado notificaciones electrónicas de la carpeta del ciudadano, o directamente en la URL <https://sede.carm.es/vernificaciones>.

Independientemente de la opción elegida, autorizo a DGSG, a que me informe siempre que disponga de una nueva notificación en la Sede Electrónica a través de un correo electrónico a la dirección de correo

[REDACTED] y/o vía SMS al nº de teléfono móvil [REDACTED]

[1] Las personas físicas podrán elegir el sistema de notificación (electrónico o en papel) ante la Administración, este derecho no se extiende a los obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones previsto en el artículo 14 2 de la Ley 39/2015 (personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, profesionales colegiados, empleados públicos y personas que los representen) quienes por ley están obligados a ser notificados siempre electrónicamente

[2] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 2 de la Ley 39/2015, una vez transcurridos 10 días naturales desde la puesta a disposición de la notificación en la Sede Electrónica, sin que la haya descargado, se entenderá que la notificación ha sido rechazada

Se le informa, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que los datos personales recogidos en este formulario serán incorporados y tratados por el órgano responsable del fichero al que dirige la presente solicitud, escrito o comunicación para la finalidad derivada de la gestión del procedimiento, actuación o trámite administrativo a que hace referencia su escrito, ante el que podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos de la mencionada ley.



## 5 - Expone / Solicita

Que por medio de la presente solicitud, mi representada viene a formular nuevamente en base al requerimiento de subsanación de 23 noviembre de 2018, RECLAMACION DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION deribada de la sanción impuesta por la Dirección General de Comercio, Consumo y Simplificación Administrativa.

Asimismo se adjunta nuevamente el Documento 1 en la cual consta, entre otros apoderados, Andrés Batista Fayad, página 6 del PDF, y en el Anexo de dicha escritura las facultades otorgadas, entre las que se encuentra la de representar a la sociedad en juicio o fuera de él. (Facultad 9)

No obstante lo anterior, se adjunta escritura otorgada con anterioridad a D. Andrés Batista que contiene esta misma facultad. Dicha escritura no ha sido revocada

Solicita: Que se tenga por presenta dicha solicitud junto con la documentación adjunta.

## 6 - Documentación aportada (Anexos)

<b>Nombre</b>	<b>Descripción</b>	<b>Huella de integridad (Algoritmo SHA1)</b>
Responsabilidad Patrimonial TOYS R US	Reclamación de responsabilidad patrimonial	512b296f2c157226c7ebbd0b605ddede18c8df30
Documento1.pdf	Documento 1- contiene dos escrituras de poder de	6fc5a5acca03facebbdcf73907a26d08b05cfcd
Documento 2.pdf	Resolución	fa2888b7b21b2e11206df6e735d57f82e86c4ee6
Documento 3.pdf	Informe abogado del TJUE	ccfe489bab1c33ec8973bfa0e05170a53224a0ce
Docuento 4.pdf	Sentencia	e9e4c73b8da25c8653e581f556af114d14de4911

**REGIÓN DE MURCIA**  
**Consejería de Empleo, Empresa,**  
**Universidades y Medio Ambiente**  
*Dirección General de Comercio,*  
*Consumo y Simplificación Administrativa*  
Calle Francisco Rabal, 8  
30009 Murcia

## **Responsabilidad Patrimonial**

**TOYS R US IBERIA, S.A.**, (en adelante también TOYS R US) con domicilio social en Carretera M-300 Km 29,800 Alcalá de Henares (Madrid) con email, a efectos de notificaciones electrónicas en la dirección; [legalsp@toysrus.com](mailto:legalsp@toysrus.com), sociedad provista de C.I.F. A 79520656, y actuando en su representación D. Andrés Batista Fayad, según acredita con el poder que adjunta como documento número 1, comparece y como mejor proceda en derecho **DICE**:

- I. Que por medio del presente escrito y de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, viene a formular **RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN**, derivada de la sanción impuesta por esta Dirección General de Comercio a mi representada, al aplicar el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), de forma contraria a lo previsto en la normativa de la Unión Europea.
- II. Que esta parte, reclama la Responsabilidad Patrimonial de la Comunidad de Madrid, en la cantidad de **4.000** euros (CUANTRO MIL EUROS) todo ello en bases a los siguientes,

## **HECHOS**

### **PRIMERO.- SOBRE LAS SANCIONES POR VENTA A PÉRDIDA IMPUESTAS A TOYS R US**

La Región de Murcia Dirección General de Consumo, Comercio y Artesanía ha abierto a TOYS R US el siguiente expediente sancionador por venta a pérdida:

- i. Expediente número 4I15SA0021 siendo el importe de la sanción de 4.000 euros. Se adjuntan resolución como documento número 2.

En dicho expediente, la Administración consideraba que mi representada había cometido una sanción grave, por haber realizado venta a pérdida en los términos previstos en el artículo 14 de la LOCM, sin entrar a valorar las alegaciones presentadas por esta parte sobre la vulneración del ordenamiento jurídico.

En concreto esta parte sostenía que al sancionar a TOYS R US en base a la aplicación aislada del artículo 14 LOCM, no sólo se vulneraba el ordenamiento jurídico español, puesto que la venta a pérdida, *per sé*, no es una conducta prohibida, salvo en los casos en los que concurriesen los requisitos del artículo 17 de la LCD.

Adicionalmente, manifestábamos que las resoluciones sancionadoras, dictadas por Región de Murcia, eran también contrarias al Derecho de la Unión Europea y a la doctrina de sus tribunales, poniendo como ejemplo las Sentencias del TSJUE dictadas en los asuntos Akzo de fecha 3 de julio de 1991 así como la sentencia de 14 de noviembre de 1996 en el asunto Tetrapack.

## **SEGUNDO.- LA ACTUACIÓN DE MI REPRESENTADA NO ERA SANCIONABLE DE ACUERDO CON LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Como hemos apuntado en la alegación anterior, en la defensa de los procedimientos sancionadores abiertos por esta Administración, y que se han detallado en el hecho primero, esta parte vino defendiendo que la venta a pérdida, en los términos imputados a esta parte por la Región de Murcia, no debía de ser sancionada puesto que no era una conducta prohibida por el artículo 17 de la LCD y por ende por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

Pues bien, en fecha 29 de junio de 2017, el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha confirmado nuestra afirmación. Así ante una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Murcia, sobre la interpretación de la Directiva 2005/29/CE ha concluido lo siguiente: (Se adjunta como documento número 3 el informe del abogado del TJUE.)

**“La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe con carácter general proponer o realizar ventas con pérdida y que establece excepciones a tal principio basadas en criterios que no figuran en la citada Directiva”.**

El referido Dictamen establece así mismo:

**“El Tribunal de Justicia declaró que las prácticas consistentes en poner a la venta o vender bienes a pérdida no figuran en el anexo I de la Directiva 2005/29 y que, por consiguiente, no pueden prohibirse “en cualquier circunstancia” sino solamente a raíz de un análisis específico que permita comprobar su carácter desleal”.**

Dicho dictamen, fue ratificado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, que declara textualmente. Se adjunta sentencia como documento número 4 que establece:

**“La Directiva 2005/29/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2015, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva.**

En consecuencia, la Administración a la que se dirige el presente escrito, aplicó incorrectamente la normativa nacional, generando un daño importante a esta parte que debe ser reparado.

Es importante clarificar que las Directivas Comunitarias, del mismo modo que las demás fuentes del derecho comunitario, goza de **aplicabilidad inmediata en nuestro ordenamiento**, de manera que puede producir sus efectos a falta de normas internas de incorporación, que son innecesarias, y de normas internas de desarrollo que, aunque necesarias, pueden ser incompletas o pueden no ser adoptadas por el Estado.

La existencia de un conflicto entre el Derecho comunitario y la norma nacional causado por una incompatibilidad de ambos ordenamientos, debe motivar la aplicación inmediata de la norma **comunitaria y la declaración de inexistencia e inaplicabilidad de la norma nacional, sin esperar a que la norma nacional sea expresamente derogada o declarada inconstitucional.**

En base a lo expuesto, queda acreditado que la Administración aplicó una norma de nuestro ordenamiento nacional de forma contraria a la normativa europea.

### **TERCERO.- PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN**

Los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) regulan los supuestos en los que concurre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración. En concreto, el artículo 32 establece lo siguiente:

“Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

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

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

**La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:**

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

**b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.**

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

**5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:**

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Por su parte, el artículo 34 de la (LRJSP) indica:

“Artículo 34. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

**En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.”**

De acuerdo con lo analizado, para poder exigir la responsabilidad de patrimonial de la administración, por aplicación contraria de la normativa del Derecho de la Unión Europea han de concurrir los siguientes requisitos. Todos ellos se dan en la presente solicitud:

- a) Que el administrado haya sufrido una lesión. En nuestro caso TOYS R US ha sufrido un daño por importe **4.000** euros (CUATRO MIL EUROS) que se corresponde con la cantidad abonada por los procedimientos sancionadores indicados en el hecho primero.
- b) Que se haya aplicado de forma contraria al Derecho Europeo una normativa nacional. En nuestro caso, así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 19 de octubre de 2017.
- c) Que el daño se haya producido en los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia. Según hemos quedado acreditado, las sentencias dictadas en los procedimientos sancionadores, son de fechas posteriores al 2012.
- d) Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la presente reclamación se presenta antes del plazo de un año desde la publicación de la Sentencia del TSJUE de 19 de octubre de 2017.

En virtud de lo expuesto,

**SOLICITO** que teniendo por presentado este escrito junto con la documentación que lo acompaña, se sirva admitirlo y, a la vista de lo manifestado en el mismo, proceda a dictar pronta resolución expresa, reconociendo la responsabilidad patrimonial de la Región de Murcia (Dirección General de Comercio) procediendo a abonar a TOYS R US la cantidad de **4.000** euros (CUATRO MIL EUROS) por los motivos expuestos en el presente escrito.

**OTROSÍ DIGO.-** Que esta parte propone los siguientes medios de prueba:

- i. La documentación aportada en el presente escrito.
- ii. El expediente administrativo 4.000 euros (CUANTRO MIL EUROS).

En Madrid a 18 de octubre de 2018



---

Fdo. D. Andrés Batista Fayad

# Documento n° 2



Región de Murcia  
Consejería de Industria, Turismo,  
Empresa e Innovación

Dirección General de Consumo, Comercio y Artesanía  
Sección de Infracciones y Sanciones

C/ Actor Francisco Rabal, 8  
30009 MURCIA  
Teléfono: 968-35.76.39

**NOTIFICACIÓN DE RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTE  
SANCIONADOR ORDINARIO**

Expte. nº 4115SA0021

Interesado: "toys r us" – TOYS "R" US IBERIA, S.A.  
Domicilio: CENTRO COMERCIAL THADER AVDA. JUAN DE  
BORBÓN, S/N  
Localidad: 30110 CHURRA - MURCIA

Adjunto se remite Resolución del expediente sancionador ordinario 4115SA0021 dictada por la Il.ª Sra. Directora General de Consumo, Comercio y Artesanía, con fecha 22 de junio de 2015.

Contra la misma cabe interponer los recursos que se indican en la propia Resolución.

Murcia, a 22 de junio de 2015  
EL JEFE DE SECCIÓN DE  
INFRACCIONES Y SANCIONES

Fdo.: Ángel Luis López de la Torre



Rdo.:	30/06/2015
Vto.:	
Obs.:	



**RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONSUMO, COMERCIO Y  
ARTESANÍA RESPECTO AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ORDINARIO  
Nº 4I15SA0021, EN MATERIA DEL RÉGIMEN DEL COMERCIO MINORISTA  
EN LA REGIÓN DE MURCIA.**

---

Vistas las distintas actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia y resultando los siguientes

**I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO: SERVICIO DE INSPECCIÓN.**

Vista acta de inspección 7147-7148 de veintiocho de noviembre de 2014, en la que consta no se anuncia ventas en liquidación, restos y/o saldos, levantada en "toys r us" TOYS "R" US IBERIA, S.A. -A79520656, sito en el Centro Comercial Thader de Avda. Juan de Borbon, s/n de 30110 Churra-Murcia, folleto "toys r us black friday dtos 60 %50% 30% del 24 al 29 de noviembre de 2014".

**SEGUNDO: ACUERDO DE INCOACIÓN.**

El día 25 de marzo de 2015 se dictó Acuerdo de iniciación de expediente sancionador bajo el nº 4I15SA0021 contra la mercantil TOYS "R" US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, siendo ésta notificada a la interesada legalmente en fecha 15 de abril de 2015, en el que se le imputaba la comisión de una infracción a los siguientes artículos:

1. Artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, infracción calificada como grave en el artículo 65.1.c) del mismo texto legal, en concordancia con el artículo 50.3) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre.

2. Artículo 45.c) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista de la Región de Murcia, infracción calificada como leve en el artículo 50.2.c) del mismo texto legal..

Y ello en base a los siguientes hechos constatados:

1.- Ofertar o realizar venta al público con pérdida en los productos:

1.- figura Huntik.- 8001444150209. CIK2223. Giochi Preziosi España S.L. Fabricado en China, con un precio anterior de 20,99€ descuento 76,18% P.V.P. 5,00€, resultando un margen de -7,99€ (-61,51%), conforme con la factura 000151833 de 11/10/2012 y factura 009901206 de 16/10/2012 de GIOCHI PREZIOSI ESPAÑA, S.L.- B62452156.

2.- peluche basico Perlita.- 3296580048045. Ref.04804. 62901. Bandai España S.A. Fabricado en China, con un precio anterior de 9,99€ descuento 69,97% P.V.P. 3,00€,



Región de Murcia

Consejería de Industria, Turismo  
Empresa e Innovación

Dirección General de Consumo, Comercio y  
Artesanía

resultando un margen de -13,35€ (-81,65%), conforme con la factura 9849900 de 21/12/2011 de BANDAI ESPAÑA, S.A.-A19159573.

También en la venta unitaria, sin promoción P.V.P. 9,99€, precio de adquisición 16,35€, resultando un margen de -6,36€ (-38,89%),

2.- Anuncia unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos:

- mi gran amigo Rayo Macquen.- 746775358150. Mattel España S.A. Hecho en China.

- muñeca Nancy Essential.- 8410779310811. 7011081FM-3324. Art. 700011081. Famosa Spain 2014. Nif.: A84392596. Fabricado en China.

- hada Winx.- 8005163219735. GPH21973/ES.WTT31012090. Distribuido en España por Giochi Preziosi España S.L. Fabricado en China.

### **TERCERO: INSTRUCCIÓN.**

Una vez fue notificado el referido acuerdo a los interesados, el instructor del expediente practicó de oficio, al amparo del artículo 16.2 del RD 1398/1993, las actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.

Dichas actuaciones se basan en la práctica de la prueba documental siguiente:

- Acta de inspección 7147-7148 de veintiocho de noviembre de 2014, en la que consta no se anuncia ventas en liquidación, restos y/o saldos, levantada en "toys r us" TOYS "R" US IBERIA, S.A. -A79520656, sito en el Centro Comercial Thader de Avda. Juan de Borbon, s/n de 30110 Churra-Murcia, folleto "toys r us black friday dtos 60 %50% 30% del 24 al 29 de noviembre de 2014".

- Documentación propia de la tramitación del expediente administrativo.

### **CUARTO: ALEGACIONES.**

Se presentaron alegaciones fuera de plazo en fecha 12 de mayo de 2015, cuando el Acuerdo de iniciación se había notificado en fecha 15 de abril de 2015.

### **QUINTO: PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.**

5º.1 Con fecha 15 de mayo de 2015, el instructor del expediente formuló **Propuesta de Resolución**, que fue notificada legalmente en fecha 20 de mayo de 2015.



Región de Murcia

Consejería de Industria, Turismo  
Empresa e Innovación

Dirección General de Consumo, Comercio y  
Artesanía

5º.2 El instructor del expediente manifestó que a la vista de todo lo actuado, de los hechos probados y de los fundamentos jurídicos de aplicación, cabía concluir que nos encontramos ante una presunta infracción de los siguientes artículos:

1.- Artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, infracción calificada como grave en el artículo 65.1.c) del mismo texto legal, en concordancia con el artículo 50.3) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre.

2. Artículo 45.c) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista de la Región de Murcia, infracción calificada como leve en el artículo 50.2.c) del mismo texto legal.

5º.3 Por todo ello, y por aplicación del artículo 54 de la Ley 11/2006 propuso que se sancionara con **multa de 3.001 euros**, por la infracción consistente en ofertar o realizar ventas al público con pérdida de los productos citados más arriba; y **multa de 1.000 euros**, por la infracción consistente en anunciar unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos citados más arriba.

#### **SEXTO: ALEGACIONES A LA PROPUESTA**

Que en el plazo establecido para ello la inculpada no ha formulado alegaciones a la Propuesta de Resolución.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **- I - COMPETENCIA.**

La competencia para conocer y resolver el presente expediente sancionador ordinario reside en el *Excmo. Sr. Consejero de Industria, Turismo, Empresa e Innovación*, a quien corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de la citada conducta, según prescribe el **artículo 58 de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre** y por delegación, según Orden de 8/05/2014 (BORM de 13/5/2014) sobre el ejercicio de determinadas competencias sancionadoras, el titular del departamento en los Directores Generales del mismo, por lo que procede iniciar el correspondiente expediente administrativo para la averiguación de los citados hechos.



Región de Murcia

Consejería de Industria, Turismo  
Empresa e Innovación

Dirección General de Consumo, Comercio y  
Artesanía

- II -  
**PROCEDIMIENTO.**

II.1 El procedimiento seguido ha observado todos los trámites legales y reglamentarios establecidos y los principios informadores de la potestad sancionadora, respetando los derechos de la presunta responsable y teniendo en cuenta las circunstancias adversas y favorables a la infractora.

II.2 Citamos en lo menester, de manera especial, los *artículos 127 a 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre* que recogen: el principio de legalidad, la irretroactividad, el principio de tipicidad, la responsabilidad y el principio de proporcionalidad, prescripción.

II.3 Además, se ha tenido en cuenta el *art. 134 del mismo Texto legal* relativo a la garantía del procedimiento en concurso con el *R.D. 1398/1993, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.*

II.4 Se han respetado los derechos del presunto responsable a que hace referencia el *art. 135 L.R.J.P.A.C.* y los *arts. 13 y 16 R.D. 1398/1993* y que la norma destina a la posibilidad de formular alegaciones, aportar documentos o informaciones y a proponer prueba.

II.5 El procedimiento se ha desarrollado de modo que quede garantizada la transparencia del mismo en el sentido expresado en el *art. 3 del R.D. 1398/1993.*

II.6 El iter procedimental ha estado sometido a la presunción de inocencia que proclama el *art. 137 de la L.R.J.P.A.C.*

- III -  
**MOTIVACIÓN**

La resolución final del procedimiento cumple con las justas exigencias de motivación y con el deber de resolver todas las cuestiones que se planteen en el expediente a que alude el *art. 138 de la L.R.J.P.A.C.*

- IV -  
**FONDO DEL ASUNTO**

**A. ARTÍCULOS INFRINGIDOS.**

1.- Artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, infracción calificada como grave en el artículo 65.l.c) del mismo texto legal, en concordancia con el artículo 50.3) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre.



2. Artículo 45.c) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista de la Región de Murcia, infracción calificada como leve en el artículo 50.2.c) del mismo texto legal

## **B. HECHOS PROBADOS.**

1.- Ofertar o realizar venta al público con pérdida en los productos:

1.- figura Huntik.- 8001444150209. CIK2223. Giochi Preziosi España S.L. Fabricado en China, con un precio anterior de 20,99€ descuento 76,18% P.V.P. 5,00€, resultando un margen de -7,99€ (-61,51%), conforme con la factura 000151833 de 11/10/2012 y factura 009901206 de 16/10/2012 de GIOCHI PREZIOSI ESPAÑA, S.L.-B62452156.

2.- peluche basico Perlita.- 3296580048045. Ref.04804. 62901. Bandai España S.A. Fabricado en China, con un precio anterior de 9,99€ descuento 69,97% P.V.P. 3,00€, resultando un margen de -13,35€ (-81,65%), conforme con la factura 9849900 de 21/12/2011 de BANDAI ESPAÑA, S.A.-A19159573.  
También en la venta unitaria, sin promoción P.V.P. 9,99€, precio de adquisición 16,35€, resultando un margen de -6,36€ (-38,89%),

2.- Anuncia unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos:

- mi gran amigo Rayo Macquen.- 746775358150. Mattel España S.A. Hecho en China.

- muñeca Nancy Essential.- 8410779310811. 7011081FM-3324. Art. 700011081. Famosa Spain 2014. Nif.: A84392596. Fabricado en China.

- hada Winx.- 8005163219735. GPH21973/ES.WTT31012090. Distribuido en España por Giochi Preziosi España S.L. Fabricado en China.

## **C. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.**

Durante la tramitación del presente procedimiento no se han formulado alegaciones a la Propuesta de Resolución y fuera de plazo al Acuerdo de iniciación

Ha quedado constatado la infracción imputada de venta con pérdida, conforme a la documentación obrante en el expediente, entre la que se encuentra el Informe de Precios que acredita la venta con pérdida.

Debemos decir que la ley sustantiva a aplicar es la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (B.O.E de 17-1-1996), conteniendo en la misma las posibles excepciones a la imputación de lo contenido en el artículo 14 donde se contempla la venta con pérdida, salvaguardando expresamente dicho artículo lo contenido en el



Región de Murcia

Consejería de Industria, Turismo  
Empresa e Innovación

Dirección General de Consumo, Comercio y  
Artesanía

artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, no estando condicionada la Administración a la acreditación previa de las circunstancias que reputan la conducta de desleal, ya que la "ratio decidendi" (motivación y fundamentación en resoluciones administrativas), se sustenta en la aplicación exclusiva de los presupuestos establecidos en referido artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 28 de septiembre de 2010. En el mismo sentido Sentencia Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Murcia de 17 de diciembre de 2008.

Asimismo debemos señalar que para que sea justificada la conducta de venta con pérdida, que en principio es ilícita, y poder apreciarse la excepción recogida en el artículo 14 de la LOCM deben cumplirse dos requisitos: en primer lugar, que al vender con pérdida se tenga por objetivo alcanzar los precios de sus competidores y, en segundo lugar, que esta conducta de los competidores de vender a esos precios inferiores que se pretenden alcanzar con la venta a pérdidas tenga "capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas". Y en cuanto a este segundo requisito, hay que manifestar que lo que el precepto exige no es que la citada conducta de los competidores de vender a esos precios inferiores suponga una afectación real significativa a sus ventas, sino que sea susceptible de afectar significativamente a sus ventas, esto es, un juicio de pronóstico: que existan indicios de que tal conducta de los competidores va a afectar, en un futuro cercano, de forma significativa, dice el precepto, a sus ventas.

El primer requisito exige acreditar que los competidores vendían esos mismos productos a esos precios inferiores en las fechas cercanas a la decisión de la inculpada de vender con pérdida; ahora bien, con la acreditación de tal extremo, no es suficiente, pues es necesario también acreditar, para entender incurso su conducta en la causa de justificación analizada, que esta conducta de los competidores, de forma indiciaria, podía afectar, de forma significativa, a sus ventas en un futuro cercano. Y el cumplimiento de este segundo requisito sólo en manos de la inculpada está el poderlo acreditar mediante los oportunos estudios de mercado y análisis de sus propias ventas en los que se reflejara esa tendencia a la afectación "significativa" a sus ventas, que no puede darse por supuesta o calificarla de notoria o evidente a partir del solo dato de la acreditación de la venta de esos productos a precios inferiores por sus competidores.

Y ello, porque lo que el precepto exige no es sólo que la conducta de los competidores de vender a precios inferiores sea susceptible de afectar a las ventas de la interesada, sino que esa posible afectación sea cualificada, "significativa", dice el precepto, y esta afectación cualificada o significativa no puede deducirse del mero dato de la constatación de los precios inferiores de los competidores, sino que exige la aportación por la interesada de sus propios estudios de mercado y análisis de sus propias ventas de los que deducir tal posibilidad de afectación significativa a sus ventas.

Y esos estudios de mercado y análisis de sus propias ventas, en los que se apreciara esta tendencia de afectación significativa a sus ventas, debían estar en poder de la propia interesada antes de adoptar su decisión de vender tales productos con pérdida porque era lo



único que podía justificar la realización de tal conducta que, en principio, era ilícita. Sin embargo, nada se ha aportado al respecto.

De igual modo debemos traer a colación las siguientes sentencias:

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm. 159/2001 de 28 febrero. "Por otra parte se percibe en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista una preocupación por acotar la noción, delimitándola de manera muy precisa, asegurando que no pueda diluirse con prácticas comerciales habituales en los sectores de la venta y distribución realizada de manera masiva o por grandes empresas que pueden beneficiarse de su posición en el mercado para eliminar a otros competidores, ya que pueden negociar - cuando no imponer- a los proveedores condiciones más beneficiosas desde el punto de vista del beneficio empresarial. De esta forma el apartado segundo establece claramente que «a los efectos señalados en el apartado anterior, se considerará que existe venta con pérdida, cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación». Delimitación positiva y negativa que a la vez impide que puedan tomarse en consideración como pretende la ahora recurrente descuentos no incluidos en la factura, como lo que pretende hacer valer.

-En rigor, se trata no tanto de descuentos sino de condiciones o beneficios derivados de una relación comercial duradera que implica prestaciones complejas entre las partes que exceden de lo que se califica ordinariamente como compraventa mercantil para entrar en figuras jurídico-contractuales diferentes surgidas de la rica experiencia del moderno tráfico empresarial, que contemplan los denominados rappel o descuentos que se contemplan al final de un período y que se practican sobre un determinado volumen de ventas, teniendo en cuenta otros aspectos como la promoción o publicidad de los productos o servicios, estimándose que este tipo de prácticas comerciales entre proveedores y empresarios distribuidores y expendedores no debe afectar en perjuicio de la protección del consumidor hasta el extremo de que el propio precepto en su punto 3 ordena que «No se computarán, a los efectos de la deducción en el precio a que se refiere el párrafo anterior, las retribuciones o las bonificaciones de cualquier tipo que signifiquen compensación por servicios prestados». Sentencia nº 297/2010 del Jdo. Contencioso/Admtvo. Nº 2 MURCIA

-Terminante disposición esta última que abona el rechazo de la tesis de la demanda en la medida en que en rigor no se está invocando descuentos que en mayor o menor medida inciden sobre el precio de los productos desde el punto de vista de los intereses del consumidor sino beneficios derivados de relaciones empresariales complejas que no deben perjudicar la correcta formación del consentimiento contractual en perjuicio de los consumidores y usuarios acerca del correcto nivel de los precios de un determinado empresario o establecimiento, de manera que este tipo de prácticas deben computarse



únicamente a efectos del beneficio global de la actividad empresarial concebida en términos modernos y amplios.

Debemos reiterar que la venta con pérdida es una infracción cuyo beneficio es totalmente indeterminado, por lo que además de no acreditarse dicho beneficio respecto a los productos que figuran en venta con pérdida, se ha obtenido otro beneficio mayor alrededor de los mismos que no puede cuantificarse, por ello y conforme a la trascendencia social de la infracción, que afecta al conjunto de comerciantes y consumidores de la Región de Murcia, así como la voluntariedad e intencionalidad reconocida de la conducta que se deduce del propio proceder de la parte, reiterado en el expediente; y también en la cuantía del beneficio económico resultante que es evidente, pues la finalidad económica perseguida por el infractor es múltiple y entre ellas se encuentra, entre otras, crear ofertas que operan como señuelo o gancho en productos como los que nos ocupan, con la finalidad de incitar a los consumidores a comprar otros productos o servicios del mismo establecimiento así como la intención oculta de disuadir o eliminar a competidores. Un comportamiento cuya racionalidad económica resulta evidente ya que el coste y los riesgos de la sanción no son elevados y los beneficios sí.

Por otro lado queda igualmente constatado la infracción calificada como leve, al anunciar unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas.

En relación al principio de proporcionalidad que se aplica en el ámbito del derecho sancionador debe señalarse que el mismo posee una función relevante, no sólo en cuanto expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino por la circunstancia de que las sanciones a imponer por la realización de los comportamientos típicos se encuentran recogidas en forma sumamente flexible, lo que permite al órgano sancionador realizar una labor de adaptación a la mayor o menor gravedad del comportamiento; de esta forma podemos decir que la actividad sancionadora de la Administración no es una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas.

Por último debemos hacer referencia a las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Murcia de 20 de mayo de 2009 y 4 de octubre de 2010, que desestiman los recursos contencioso-administrativos presentados, ya que en relación al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 131.3 de la Ley 30/92, establece que "en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada", estableciéndose a continuación determinados criterios para la graduación de la sanción...". El Tribunal Supremo, en relación con el tenor de estos preceptos, viene manteniendo en Sentencias de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1995, entre muchas otras, que el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional y que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad



Región de Murcia

Consejería de Industria, Turismo  
Empresa e Innovación

Dirección General de Consumo, Comercio y  
Artesanía

exigida. En este caso, la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre Régimen de Comercio Minorista, establece en su artículo 54 que las infracciones leves serán sancionadas con apercibimiento o multa de hasta 3.000 euros, en tanto que las infracciones graves serán sancionadas con multa de 3.001 a 15.000 euros; y para la graduación de las sanciones se establece en el artículo 55 que la cuantía de las sanciones económicas se graduará teniendo en cuenta los criterios básicos establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/92, los criterios del artículo 69 de la Ley 7/1996, el grave daño causado a los intereses de los consumidores y el aprovechamiento indebido del poder de demanda de los menores. Así se ha sancionado una infracción grave con seis mil euros, dentro de la mitad inferior y del grado mínimo, si dividimos la extensión de la multa en tres grados (que irían de 3.001 a 7.000 euros, el grado mínimo, de 7.001 a 11.000 euros el medio, y de 11.001 a 15.000 euros el máximo). Dificilmente puede entenderse vulnerado el principio de proporcionalidad cuando se imponen sanciones en grado mínimo, pero además, en este caso la resolución sancionadora justifica la graduación de la sanción atendiendo al criterio del artículo 131.2 de la Ley 30/92 en conexión con el artículo 69 de la Ley 7/1996. En el mismo sentido debe entenderse la referencia que la resolución sancionadora hace a la entidad de la empresa de referencia, que no es un criterio de graduación aislado, sino conectado con la vocación de imponer una sanción pecuniaria que evite que la sanción sea más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas, lo que adquiere especial significación en empresas como la sancionada, con notable implantación en el mercado y elevado volumen de facturación.

Las sanciones propuestas para las infracciones constatadas se insertan dentro del arco de sanciones que son posibles de imponer a la vista del artículo 68 de la Ley 11/2006 habiéndose atendido para su imposición a circunstancias tales como el principio que establece el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que previene que "el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

En relación al principio de proporcionalidad que se aplica en el ámbito del derecho sancionador debe señalarse que el mismo posee una función relevante, no sólo en cuanto expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino por la circunstancia de que las sanciones a imponer por la realización de los comportamientos típicos se encuentran recogidas en forma sumamente flexible, lo que permite al órgano sancionador realizar una labor de adaptación a la mayor o menor gravedad del comportamiento; de esta forma podemos decir que la actividad sancionadora de la Administración no es una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas.

La graduación de la sanción atenderá al arco de sanciones que son posibles de imponer a la vista del artículo 68.2 de la Ley 11/2006 habiéndose atendido para su imposición a circunstancias tales como el principio que establece el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que previene que "el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más



Región de Murcia

Consejería de Industria, Turismo  
Empresa e Innovación

Dirección General de Consumo, Comercio y  
Artesanía

beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas", así como conforme a los siguientes preceptos legales:

Artículo 54 de la Ley 11/2006 que establece que la cuantía de las sanciones económicas se graduará teniendo en cuenta los criterios básicos establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y especialmente en el artículo 69 de la Ley 7/1996, de 15 de enero.

Artículo 69.1 de la Ley 7/1996, modificada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo: " Las sanciones se graduarán especialmente en función del volumen de la facturación a la que afecte, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción, reincidencia y capacidad o solvencia económica de la empresa.

Visto cuanto antecede, y de acuerdo con sus facultades, esta Dirección General,

### RESUELVE

Imponer a TOYS "R" US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, la siguiente sanción:

- 1.- Multa de 3.001 euros, por la infracción consistente en ofertar o realizar ventas al público con pérdida de los productos citados más arriba.
- 2.-Multa de 1.000 euros, por la infracción consistente en anunciar unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos citados más arriba.

Notifíquese la presente Resolución al interesado con la indicación de que agota la vía administrativa, y de conformidad con lo establecido en el artículo 107 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, podrá interponer, con carácter potestativo, Recurso de Reposición ante el Excmo. Sr. Consejero de Industria, Turismo, Empresa e Innovación, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su notificación, o Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Murcia, a 22 de junio de 2015

LA CONSEJERA DE INDUSTRIA,  
TURISMO, EMPRESA E INNOVACIÓN



**Región de Murcia**  
Consejería de Industria, Turismo  
Empresa e Innovación

Dirección General de Consumo, Comercio y  
Artesanía

(Decreto de la Presidencia n.º 15/2015, de 2 de junio, por el que se dispone el encargo  
transitorio de la Dirección de la Consejería de Industria, Turismo, Empresa e Innovación  
por vacante de su titular.)

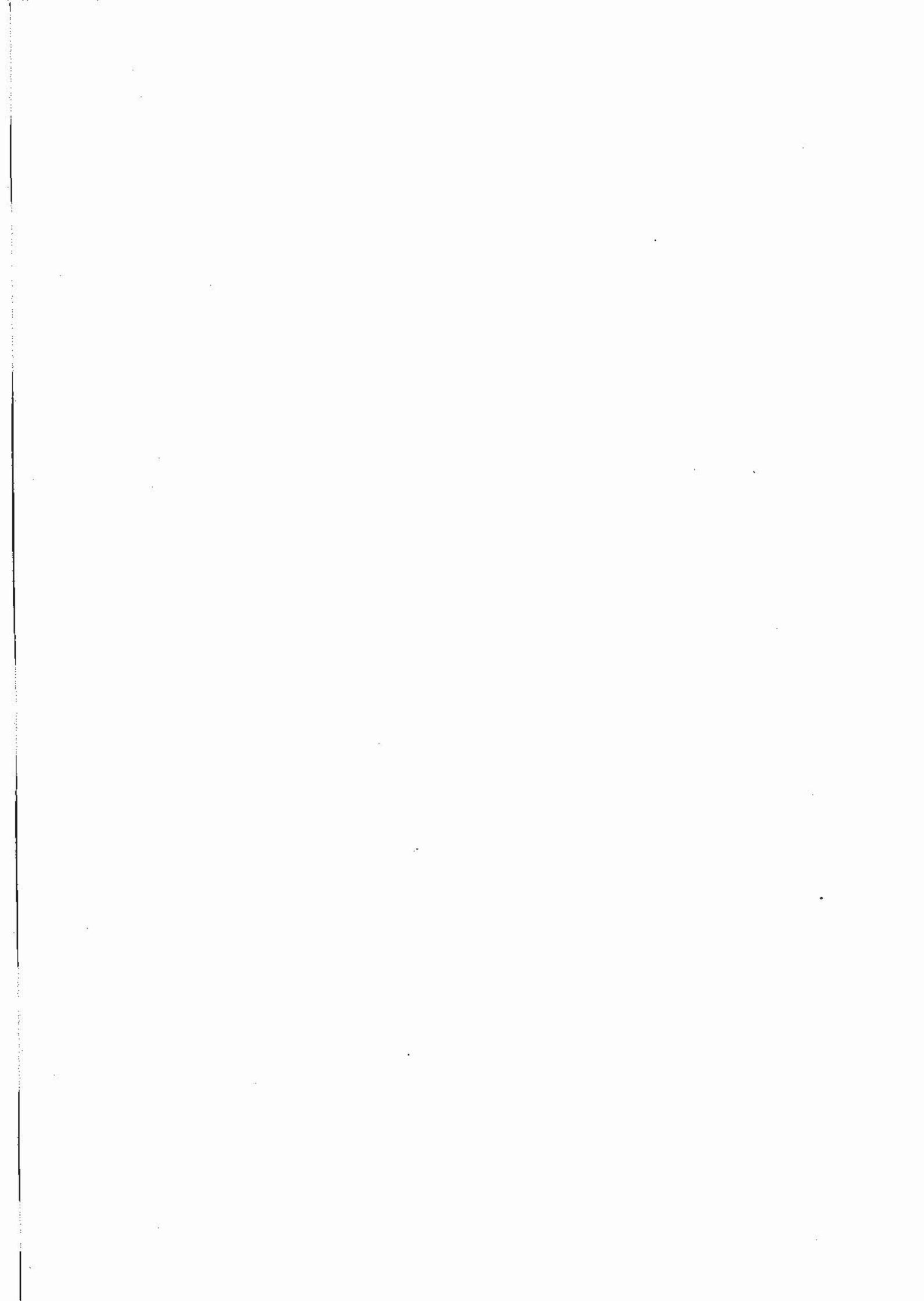
P.D. Orden de 8/05/2014

(BORM de 13/5/2014)

**LA DIRECTORA GENERAL  
DE CONSUMO, COMERCIO Y ARTESANÍA**

Fdo: *Ana Cobarro Pérez*  
Fdo: Ana Cobarro Pérez





# Documento n° 3

Edición provisional

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE  
presentadas el 29 de junio de 2017 (1)

Asunto C-295/16

**Europamur Alimentación, S.A.**  
contra  
**Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia**

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia)

«Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Directiva 2005/29/CE — Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores — Ventas de un mayorista a minoristas — Competencia del Tribunal de Justicia — Legislación nacional que prohíbe con carácter general las ventas con pérdida — Excepciones basadas en criterios no previstos en la Directiva 2005/29»

## I. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre prácticas comerciales desleales») (2).

2. Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio relativo a la sanción administrativa impuesta a un profesional que ejercía el comercio al por mayor, debido al incumplimiento de la prohibición de venta con pérdida que establece con carácter general, salvo dos supuestos específicos, la legislación española en materia de comercio minorista.

3. Dado que la práctica comercial que constituye el objeto de este litigio no afecta directamente a los consumidores, sino a un comerciante mayorista y a comerciantes minoristas, y habida cuenta de que tal práctica no está incluida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29, será preciso examinar, más concretamente, si no obstante lo cual el Tribunal de Justicia puede pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales.

4. En el supuesto de que el Tribunal de Justicia se declare competente, opción que propugno, considero que la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas se deduce claramente de su jurisprudencia según la cual la Directiva 2005/29 se opone a las normativas de los Estados miembros que prohíben con carácter general prácticas comerciales desleales como las ventas con pérdida, y ello aunque en tales normativas se establezcan excepciones, en la medida en que éstas no respeten las condiciones de prohibición definidas en la citada Directiva.

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

5. A tenor de los considerandos 6, 8 y 17 de la Directiva 2005/29:

«(6) [...] la presente Directiva aproxima las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad desleal, que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, por ende, indirectamente perjudiciales para los de los competidores legítimos. [...] No comprende ni atañe a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican sólo a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes; para tener plenamente en cuenta el principio de subsidiariedad, los Estados miembros seguirán teniendo la capacidad de regular esas prácticas, de conformidad con el Derecho comunitario, si así lo deciden. [...]

[...]

(8) La presente Directiva protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Por lo tanto, protege también indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la Directiva, garantizando así una competencia leal en el ámbito coordinado por la Directiva. [...]

[...]

(17) Para incrementar la seguridad jurídica, es importante que estén identificadas aquellas prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Ese tipo de prácticas se enumeran exhaustivamente en la lista del anexo I. Se trata exclusivamente de las prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9. La lista sólo puede modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

6. Según el artículo 1 de la citada Directiva, ésta «tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores».

7. El artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29 define las «prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores», a efectos de la propia Directiva, como «todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores».

8. El artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva prevé que ésta «será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto».

9. El artículo 4 de la misma Directiva, que lleva como epígrafe «Mercado interior», impone la obligación de que «los Estados miembros no restringirán la libre prestación de servicios ni la libre

circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta Directiva».

10. El artículo 5 de la Directiva 2005/29, que lleva como epígrafe «Prohibición de las prácticas comerciales desleales», tiene la siguiente redacción:

«1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.

2. Una práctica comercial será desleal si:

a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional,

y

b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

[...]

4. En particular, serán desleales las prácticas comerciales que:

a) sean engañosas según lo establecido en los artículos 6 y 7,

o

b) sean agresivas según lo establecido en los artículos 8 y 9.

5. En el anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. La misma lista única se aplicará en todos los Estados miembros y sólo podrá modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

## **B. Derecho español**

### **1. Legislación en materia de comercio minorista**

11. A tenor de la exposición de motivos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (3) (en lo sucesivo, «LOCM»), la finalidad de dicha Ley es, entre otras, «corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia. No es preciso insistir en que los efectos más inmediatos y tangibles de una situación de libre y leal competencia se materializan en una mejora continuada de los precios y de la calidad y demás condiciones de la oferta y servicio al público, lo que significa, en definitiva, la más eficaz actuación en beneficio de los consumidores».

12. El artículo 14 de la LOCM, que lleva como epígrafe «Prohibición de la venta con pérdida», prevé en sus apartados 1 y 2 lo siguiente:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior [que establece el principio de libertad de precios], no se podrán ofertar ni realizar ventas al público con pérdida, fuera de los supuestos regulados en los capítulos IV [relativo a la venta de saldos] y V [relativo a las ventas en liquidación] del Título II de la presente Ley, a menos que, quien la realice, tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, o se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización.

En todo caso, deberá respetarse lo dispuesto en la Ley sobre Competencia Desleal.

2. A los efectos señalados en el apartado anterior se considerará que existe venta con pérdida, cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél

o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación.»

13. Esta prohibición de la venta con pérdida será igualmente de aplicación «a las entidades de cualquier naturaleza jurídica, que se dediquen al comercio mayorista», en virtud de la sexta disposición adicional de la LOCM, disposición que fue incluida en esta Ley en 1999. (4)

14. La LOCM fue desarrollada por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia mediante una Ley regional adoptada en 2006. (5) El artículo 54 de esta Ley dispone que las infracciones graves serán sancionadas con multa de 3 001 a 15 000 euros. A efectos de determinar la existencia de una «infracción grave», dicha Ley regional se remite a la LOCM, cuyo artículo 65, apartado 1, letra c), atribuye esta calificación a las ventas con pérdida. Los criterios para calcular el importe de la sanción se enuncian en el artículo 55 de la citada Ley regional, el cual menciona, entre otros factores, el grave daño «causado a los intereses de los consumidores».

## 2. *Legislación en materia de competencia desleal*

15. A tenor del preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: (6)

«Obedece la Ley, finalmente, a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado. Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional. Esta nueva vertiente del problema, en general desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal, ha constituido un estímulo adicional de la máxima importancia para la emanación de la nueva legislación».

16. El artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, que lleva como epígrafe «Venta a pérdida», establece lo siguiente:

- «1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.
- 2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:
  - a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.
  - b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.
  - c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.»

## 3. *Ley 29/2009*

17. La transposición en el Derecho español de la Directiva 2005/29 se llevó a cabo en virtud de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (7) (en lo sucesivo, «Ley 29/2009»).

18. La citada Ley modificó, entre otros instrumentos jurídicos, la LOCM y la Ley de Competencia Desleal. Las disposiciones de estas últimas Leyes citadas más arriba (8) no experimentaron cambio alguno.

19. El órgano jurisdiccional remitente observa que la Ley 29/2009 añadió un tercer párrafo al artículo 18 de la LOCM, a cuyo tenor la promoción de las ventas «se reputará desleal cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal». (9)

20. El órgano jurisdiccional remitente subraya también que la Ley 29/2009 modificó el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, de manera que este artículo enuncia los criterios que permiten considerar «desleal» una práctica comercial, tal como se definen en el artículo 5 de la Directiva 2005/29. El mismo órgano jurisdiccional añade que los nuevos textos de los artículos 5 y 7 de la Ley de Competencia Desleal reproducen, respectivamente, el texto del artículo 6 (cuyo epígrafe es «Acciones engañosas») y el texto del artículo 7 (cuyo epígrafe es «Omisiones engañosas») de dicha Directiva. (10)

### III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

21. Europamur Alimentación, S.A. (en lo sucesivo, «Europamur»), es una empresa mayorista que vende productos domésticos y de alimentación a supermercados y tiendas de barrio. Al estar integrada en una central de compras, Europamur puede ofrecer a sus clientes, el pequeño comercio, los productos a unos precios competitivos con los que poder hacer frente a las grandes cadenas de distribución.

22. Mediante resolución de 23 de febrero de 2015, la Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo, «Administración regional»), anteriormente denominada Dirección General de Consumo, Comercio y Artesanía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, impuso a Europamur una multa de 3 001 euros por haber incumplido la prohibición resultante del artículo 14 de la LOCM, al haber vendido con pérdida determinados productos de los que comercializaba.

23. La Administración regional motivó la citada resolución mediante diversas consideraciones relativas a la protección de los consumidores. (11) Por otro lado, al fijar el importe de la sanción, la Administración regional tuvo en cuenta el criterio del «grave daño causado a los intereses de los consumidores», enunciado en el artículo 55 de la Ley regional 11/2006. En cambio, no precisó en qué medida el comportamiento de Europamur había perjudicado concretamente los intereses de los consumidores, dado que, según la interpretación dominante del artículo 14 de la LOCM, la venta con pérdida puede por sí misma causar perjuicio a los consumidores y a los clientes.

24. Europamur interpuso recurso contencioso-administrativo contra la mencionada resolución, alegando, entre otros motivos, que era necesario preservar la capacidad competitiva del pequeño comercio y alinear sus precios con los de los competidores, que la regulación de la prueba resultante del artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal se debería haber respetado en su favor, y que el comportamiento sancionado no ocasionaba ningún perjuicio a los consumidores. Europamur alegó también que la sanción impuesta era contraria al Derecho de la Unión porque la Directiva 2005/29 había sido insuficientemente transpuesta en el ordenamiento jurídico interno por la Ley 29/2009, en la medida en que no modificó el texto del artículo 14 de la LOCM.

25. En su escrito de contestación, la Administración regional sostuvo, entre otros extremos, que el régimen de sanciones de la LOCM, especialmente previsto para defender los intereses de los consumidores, es independiente con respecto a la Ley de Competencia Desleal, que regula más bien las relaciones de los agentes económicos entre sí, de tal manera que la prohibición del artículo 14 de la LOCM podría aplicarse sin que concurrieran las circunstancias previstas en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal. La Administración regional añadió que no existía ningún conflicto entre la legislación nacional y la legislación de la Unión.

26. En este contexto, mediante auto de 27 de abril de 2016, recibido en el Tribunal de Justicia el 25 de mayo de 2016, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse la Directiva [2005/29] en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como es el artículo 14 de la Ley [...] de Ordenación del Comercio Minorista [LOCM] que tiene carácter más estricto que la Directiva en cuestión al prohibir de entrada la venta con

pérdida —incluso a los mayoristas—, por considerar esta práctica como una infracción administrativa y sancionarla en consecuencia teniendo en cuenta que la Ley española persigue, además de ordenar el mercado, proteger los intereses de los consumidores?

- 2) ¿Debe interpretarse la Directiva [2005/29] en el sentido de que se opone al citado art. 14 [de la] LOCM incluso si la disposición nacional permite que se pueda excluir de la prohibición genérica la venta con pérdida en los supuestos de que (i) el infractor pruebe que la venta con pérdida tenía como finalidad alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas o (ii) se trate de artículos perecederos en fechas próximas a su inutilización?»

27. Europamur y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. En la vista celebrada el 6 de abril de 2017, Europamur, el Gobierno español y la Comisión han presentado sus observaciones orales.

#### IV. Análisis

##### A. *Sobre el contenido de la normativa nacional controvertida en el litigio principal*

28. En los razonamientos jurídicos del auto de remisión, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia expone que la LOCM persigue la protección del consumidor incluso cuando, como es el caso de las ventas de mayoristas al pequeño comercio, la relación comercial directa se dé entre operadores económicos desde el momento en que estas operaciones repercuten en el consumidor. Efectivamente, el consumidor se ve beneficiado en sus compras en el pequeño comercio de la agrupación de pedidos realizada a través del almacén mayorista, sin lo cual el minorista no sería competitivo en comparación con la inmensamente superior capacidad de compra de las grandes cadenas y superficies.

29. El mencionado Juzgado no indica las razones precisas por las cuales el artículo 14 de la LOCM, que prohíbe la venta con pérdida, resulta asimismo aplicable, en virtud de la sexta disposición adicional incluida en la LOCM por la Ley 55/1999, a las entidades que practican el comercio al por mayor, y, además, la exposición de motivos de esta última Ley no contiene, que yo sepa, ninguna indicación a este respecto. El auto de remisión se limita a mencionar que «la protección del consumidor que persigue la [LOCM] se justifica en la medida en que la venta con pérdidas del mayorista afecta al consumidor e influye en su comportamiento respecto al producto o bien de consumo en cuestión».

30. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo expone que el artículo 14 de la LOCM prohíbe la mera venta con pérdida, sin exigir que la Administración sancionadora acredite que con esta práctica se lesionan los intereses de los consumidores en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2005/29, pero que la citada disposición nacional permite al interesado justificar su comportamiento por dos motivos específicos, a saber, ya sea el objetivo de alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, o ya sea por el carácter perecedero de los productos puestos en venta.

31. La demandante en el litigio principal sostiene que tal inversión de la carga de la prueba, cuyo resultado es que incumbe al supuesto infractor demostrar que el comportamiento reprochado no es desleal, no resulta conforme con la Directiva 2005/29, habida cuenta de que la venta con pérdida no figura en la lista de prácticas desleales en cualquier circunstancia incluida en el anexo I de dicha Directiva.

32. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente pone de relieve que incluso si el comerciante probara que no concurre ninguna de las circunstancias que definen el carácter desleal de una práctica comercial, circunstancias previstas en la Directiva 2005/29, (12) la referida venta seguiría estando prohibida por el artículo 14 de la LOCM y, en consecuencia, sería sancionada, a no ser que el comerciante demostrara que concurre alguna de las dos causas justificativas enunciadas en este último artículo.

33. Por último, el órgano jurisdiccional remitente observa que el artículo 14 de la LOCM, que no resultó modificado con ocasión de la transposición de la Directiva 2005/29, «mantiene una ambigua referencia a que “en todo caso deberá respetarse lo dispuesto en la Ley sobre Competencia Desleal”», aun cuando el régimen de la prohibición de las ventas a pérdida previsto en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal se oponga a la regulación resultante de la LOCM. (13)

#### **B. Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial**

34. A la vista tanto del marco fáctico como normativo del litigio principal, el Gobierno español y la Comisión formularon objeciones en relación con la aplicabilidad de la Directiva 2005/29 en el referido contexto.

35. He de observar de inmediato que la petición de decisión prejudicial, que presenta un aspecto inédito relacionado con una combinación particular de las normas nacionales, (14) es a mi juicio admisible, a la luz de las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, de las que se desprende que la interpretación solicitada le resulta necesaria para resolver el litigio principal, aun cuando éste verse sobre las ventas con pérdida entre profesionales, las cuales no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29, habida cuenta del hecho de que, en virtud de las disposiciones pertinentes del Derecho español, tal situación se asimila a las ventas de un profesional a un consumidor, ventas que sí están incluidas en el referido ámbito de aplicación.

36. A este respecto, cabe observar, *en primer lugar*, que consta que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que las operaciones de *ventas con pérdida*, como lo son las controvertidas en el litigio principal, constituyen «prácticas comerciales» en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29, y están sujetas, por tanto, a las prescripciones que establece esta última. (15)

37. *En segundo lugar*, pese a la opinión en sentido contrario que el Gobierno español expresó en la vista, considero que las disposiciones nacionales aplicables al litigio principal —y, en particular, las del artículo 14 de la LOCM— tienen ciertamente como finalidad la *protección de los consumidores*, de manera que tales disposiciones pueden estar incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. (16)

38. En efecto, tal como indica el órgano jurisdiccional remitente, de la exposición de motivos de la LOCM se desprende que esta Ley persigue expresamente, entre otros objetivos, el de garantizar la protección de los consumidores. (17) Una jurisprudencia española dominante parece confirmar esta finalidad en lo que atañe, más concretamente, al artículo 14 de la LOCM, relativo a la prohibición de las ventas con pérdida, a la que se refieren las cuestiones prejudiciales. (18) Por lo demás, la resolución administrativa que es objeto del litigio principal se fundamentó expresamente en esa misma finalidad. (19)

39. Aun suponiendo que, como ha sostenido el Gobierno español en la vista, la protección de los consumidores no constituyera el principal objetivo perseguido por el legislador español al promulgar la LOCM, tal consideración resulta a mi juicio irrelevante para determinar si una disposición nacional está o no incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29. Por lo demás, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que este instrumento jurídico lleva a cabo una armonización completa de las normas en materia de prácticas comerciales desleales de las empresas en relación con los consumidores, un Gobierno no puede afirmar válidamente que una disposición nacional queda fuera del mencionado ámbito de aplicación por perseguir esencialmente objetivos distintos de la protección de los consumidores. (20) El Tribunal de Justicia ha reconocido también que una legislación nacional puede repercutir en las relaciones entre los operadores económicos y tener al mismo tiempo la finalidad de proteger a los consumidores, resultándole así aplicable la Directiva 2005/29. (21) Creo que en este supuesto se incluye también el presente asunto.

40. En todo caso, incumbe al órgano jurisdiccional nacional, y no al Tribunal de Justicia, determinar el contenido y las finalidades de las disposiciones del Derecho nacional aplicables al litigio principal, (22) de manera que el Tribunal de Justicia está vinculado por el punto de vista expresado al respecto por los tribunales nacionales, y no por las observaciones presentadas ante él. (23)

41. No obstante, *en tercer lugar*, estimo que las consideraciones anteriores no son suficientes para que el Tribunal de Justicia pueda declararse competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto, (24) habida cuenta del hecho de que la práctica comercial controvertida en el litigio principal presenta la particularidad de no relacionarse directamente con ventas a los consumidores, sino con *ventas de un mayorista a comerciantes minoristas*, los cuales, a su vez, revenden a los consumidores.
42. Ahora bien, al igual que el Gobierno español y la Comisión, constato que el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29 se circunscribe a las prácticas comerciales desleales de empresas que perjudican directamente los intereses económicos de los consumidores, como lo indican tanto el título de dicha Directiva como varias de sus disposiciones. (25) Así pues, la Directiva no es aplicable en cuanto tal a las prácticas comerciales desleales que perjudican «únicamente» los intereses de los competidores o que, como sucede en el presente litigio principal, se refieren a una transacción entre profesionales. (26)
43. No obstante, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia puede declararse competente para responder a las cuestiones prejudiciales que se le hayan planteado incluso cuando las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita no resulten aplicables a los hechos del litigio principal, en el supuesto de que tales disposiciones hayan sido declaradas aplicables directa e incondicionalmente por el Derecho nacional. En efecto, cuando una legislación nacional, en relación con las soluciones que aporta a situaciones que no están incluidas en el ámbito de aplicación de un determinado acto de la Unión, hace suyas las soluciones que adopta dicho acto, existe un interés evidente de la Unión en que, para evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas del referido acto de la Unión sean objeto de una interpretación uniforme. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia debe comprobar si existen indicaciones suficientemente precisas para constatar tal remisión al Derecho de la Unión, a la luz de los datos que la petición de decisión prejudicial facilite a este respecto. (27)
44. También se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, aunque la legislación que lleve a cabo la transposición de una directiva en el Derecho nacional no haya reproducido literalmente las disposiciones del Derecho de la Unión que sean objeto de las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia podrá ser competente para pronunciarse con carácter prejudicial cuando la resolución de remisión admita que toda interpretación que el Tribunal de Justicia haga de tales disposiciones vinculará al órgano jurisdiccional remitente al resolver el litigio principal. (28)
45. En el presente asunto, considero que existe un interés real en que el Tribunal de Justicia lleve a cabo una interpretación de las disposiciones de la Directiva 2005/29, habida cuenta del hecho de que de varias indicaciones suficientemente precisas procedentes del órgano jurisdiccional remitente resulta que las disposiciones de la citada Directiva han sido declaradas aplicables —aunque de un modo erróneo a mi juicio— (29) por el Derecho nacional a situaciones tales como aquella sobre la que versa el litigio principal, que no están incluidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. (30)
46. Es verdad que del auto de remisión se desprende que las disposiciones nacionales aplicadas por la resolución impugnada en el litigio principal —a saber, el artículo 14 de la LOCM, que prohíbe la venta con pérdida en el comercio minorista, y la sexta disposición adicional de la propia LOCM, que hace extensiva tal prohibición a los mayoristas— no fueron modificadas, sin ninguna razón expresa, por la Ley 29/2009, que llevó a cabo la transposición de la Directiva 2005/29 en el ordenamiento jurídico español. (31)
47. Sin embargo, otras disposiciones de la LOCM sí fueron modificadas por la Ley 29/2009, de lo que cabe inferir que el legislador nacional, al llevar a cabo la referida transposición, optó deliberadamente por conservar la redacción del citado artículo 14 y de la mencionada sexta disposición adicional, muy probablemente porque estimó que eran conformes a la Directiva 2005/29. En mi opinión, la opción de conservar las disposiciones nacionales constituye un acto de transposición de una Directiva tan legítimo como introducir modificaciones sustanciales, tales como la reformulación o la supresión de disposiciones de Derecho interno.

48. Por otro lado, cabe observar que la sanción impugnada se basó en el artículo 14 de la LOCM — artículo que las cuestiones prejudiciales mencionan expresamente— y que si el litigio principal no versara sobre ventas celebradas entre un mayorista y minoristas, sino directamente entre un profesional y los consumidores, no existiría duda alguna de que el Tribunal de Justicia es competente para responder a dichas cuestiones. Si en el presente asunto existe alguna incertidumbre, es únicamente debido al hecho de que, en virtud de la sexta disposición adicional de la LOCM, el ámbito de aplicación del artículo 14 se hizo extensivo a las ventas entre profesionales. Ahora bien, del auto de remisión se desprende que las implicaciones de la interpretación de la Directiva 2005/29 que aquí se solicita son jurídicamente las mismas en ambos supuestos, en la medida en que si el Tribunal de Justicia considerara que dicha Directiva se opone a normas nacionales como las previstas en el artículo 14 de la LOCM, ello tendría como consecuencia directa que la resolución impugnada y, por ende, la multa impuesta, no son procedentes en virtud del Derecho español.

49. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente subraya que el artículo 14 de la LOCM contiene, en el segundo párrafo de su apartado 1, una referencia expresa a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal, (32) del mismo modo que el artículo 18, apartado 3, de la LOCM, en su versión modificada por la Ley 29/2009. (33) Ahora bien, esta última Ley reformuló varios artículos de la Ley de Competencia Desleal, entre otras cosas para incorporar a ésta los criterios que permiten calificar una práctica comercial de «desleal» a efectos de la Ley 2005/29, (34) y la demandante en el litigio principal sostiene precisamente que la Administración regional competente debería haber observado tales criterios. (35)

50. En este contexto específico, el órgano jurisdiccional remitente considera que «se plantea la cuestión de si la Directiva 2005/29/CE se opone a la interpretación del art. 14 LOCM[, dominante en la jurisprudencia española,] en virtud de la cual la venta a pérdida en sí misma está prohibida y es sancionable sin necesidad de constatar la concurrencia de acciones u omisiones engañosas o de prácticas comerciales agresivas o en general desleales», siendo así que en el «catálogo de prácticas comerciales desleales en cualquier circunstancia [de la Directiva 2005/29] no figura la venta con pérdidas». (36)

51. A mi juicio, pues, es conveniente que las disposiciones de la Directiva 2005/29 que han sido reproducidas en las normas pertinentes del Derecho español, al menos parcialmente, sean objeto de una interpretación uniforme por parte del Tribunal de Justicia, a fin de evitar el riesgo de interpretaciones divergentes sobre este punto y habida cuenta de que la respuesta a las cuestiones planteadas parece determinante para resolver el litigio principal.

52. A la luz de todo lo expuesto, considero que la petición de decisión prejudicial es admisible y que el Tribunal de Justicia debe declararse competente para responder a las cuestiones prejudiciales que le han sido planteadas en el presente asunto.

### ***C. Sobre la admisibilidad de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal a la luz de la Directiva 2005/29***

53. Mediante las dos cuestiones prejudiciales, que a mi juicio procede analizar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 2005/29 se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe con carácter general la venta con pérdida, incluso en las transacciones entre mayoristas y minoristas, salvo en el supuesto de que el infractor pruebe que la venta con pérdida tenía como finalidad alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas, o cuando se trate de artículos perecederos en fechas próximas a su inutilización.

54. Sobre este punto, mis observaciones serán relativamente sucintas, ya que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia se desprende claramente, a mi juicio, que procede dar una respuesta afirmativa a las cuestiones prejudiciales planteadas.

55. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a toda disposición nacional que prohíba con carácter general poner a la venta o vender bienes a pérdida, sin que sea necesario determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada supuesto, si la operación comercial en cuestión presenta carácter «desleal» a la luz de

los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la citada Directiva y sin reconocer a los órganos jurisdiccionales competentes margen de apreciación al respecto, en la medida en que dicha disposición persiga finalidades relacionadas con la protección de los consumidores. (37)

56. Sobre este último extremo, me limitaré a recordar que, en el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente considera, a diferencia de lo manifestado por el Gobierno español en sus observaciones orales, que la LOCM tiene como finalidad, entre otras, la protección de los consumidores, lo que, a mi parecer, se desprende efectivamente de dicha Ley. (38)

57. Para pronunciarse como se ha indicado más arriba, el Tribunal de Justicia comenzó recordando que la Directiva 2005/29 lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, por lo que, como prevé expresamente su artículo 4, los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores. (39)

58. A continuación, el Tribunal de Justicia subrayó que el artículo 5 de la citada Directiva enuncia los criterios que permiten determinar las circunstancias en las que una práctica comercial debe considerarse desleal y, por lo tanto, prohibida. El Tribunal de Justicia añadió que la Directiva 2005/29 establece, en su anexo I, una lista exhaustiva de 31 prácticas comerciales que, de conformidad con el apartado 5 de ese mismo artículo 5, se consideran desleales «en cualquier circunstancia», de donde resulta, como se precisa en el considerando 17, (40) que únicamente las prácticas allí mencionadas pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de la citada Directiva. (41)

59. Por último, el Tribunal de Justicia declaró que las prácticas consistentes en poner a la venta o en vender bienes a pérdida no figuran en el anexo I de la Directiva 2005/29 y que, por consiguiente, no pueden prohibirse «en cualquier circunstancia», sino solamente a raíz de un análisis específico que permita comprobar su carácter desleal. (42)

60. Al igual que Europamur y la Comisión, estimo que este razonamiento y la conclusión que se deriva del mismo son plenamente extrapolables al presente asunto. En cuanto a la disposición nacional controvertida en el litigio principal, a saber, el artículo 14 de la LOCM, del auto de remisión se desprende que este artículo tiene por efecto prohibir con carácter general las ventas con pérdida, sin que resulte necesario que la autoridad competente para sancionar a los infractores justifique el carácter «desleal» de la operación comercial de que se trate a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la Directiva 2005/29. (43) Pues bien, tal prohibición resulta contraria a las exigencias de dicha Directiva, según la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. (44)

61. En lo que atañe a la eventual incidencia de las excepciones a la referida prohibición previstas en la disposición nacional controvertida, incidencia que se examina en relación con la segunda cuestión prejudicial, (45) basta con hacer constar que los dos motivos de excepción que figuran en el artículo 14, *in fine*, de la LOCM (46) —motivos que las autoridades competentes y los tribunales españoles pueden tener en cuenta para eximir de sanción al autor de una venta con pérdida que los invoque— se fundamentan en criterios que no figuran entre los previstos en los citados artículos 5 a 9, (47) siendo así que la Directiva 2005/29 lleva a cabo una armonización exhaustiva en la materia. (48)

62. De añadidura, considero que la inversión de la carga de la prueba a la que conduce esta disposición nacional (49) no es conforme con el régimen instaurado por la Directiva 2005/29, la cual identifica una serie de prácticas comerciales que pueden considerarse «desleales» en cualquier circunstancia y establece los requisitos para que las autoridades competentes puedan dar esa calificación a prácticas que no estén incluidas en la referida lista y sancionar tales prácticas. (50)

63. En efecto, tal y como subraya la Comisión, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las excepciones específicas previstas en la legislación de un Estado miembro, que permiten sortear la prohibición general de una práctica desleal, «por su naturaleza, limitada y predeterminada, no pueden sustituir al análisis, que debe necesariamente llevarse a cabo tomando en consideración el contexto fáctico de cada caso, del carácter “desleal” de una práctica comercial, a la luz de los criterios

enunciados en los artículos 5 a 9 de la Directiva [2005/29], cuando se trata [...] de una práctica que no está recogida en su anexo I». (51)

64. En este mismo orden de ideas, el Tribunal de Justicia declaró incompatible con el régimen establecido por la Directiva 2005/29 una normativa nacional en virtud de la cual la práctica desleal en cuestión sólo se sometía al examen de su carácter desleal con posterioridad a la prohibición prevista en caso de incumplimiento de la obligación de obtener autorización previa, basándose en que, dada su naturaleza y especialmente debido al factor tiempo inherente a ella, dicha práctica quedaría privada de todo sentido económico para el comerciante. (52) Así pues, es imperativo que el examen concreto del carácter desleal de una práctica preceda a la eventual imposición de una sanción, salvo en los supuestos expresamente previstos en el anexo I de la citada Directiva.

65. Por consiguiente, opino que la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal.

## V. Conclusión

66. A la vista de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia:

«La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre prácticas comerciales desleales»), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe con carácter general proponer o realizar ventas con pérdida y que establece excepciones a tal principio basadas en criterios que no figuran en la citada Directiva.»

1 Lengua original: francés.

2 DO 2005, L 149, p. 22.

3 BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996, p. 1243.

4 Disposición introducida en la LOCM por el artículo 56, apartado 1, punto 8, de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE n.º 312, de 30 de diciembre de 1999, p. 46095); en lo sucesivo, «Ley 55/1999».

5 Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre Régimen del Comercio Minorista de la Región de Murcia (BORM n.º 2, de 3 de enero de 2007, p. 141); en lo sucesivo, «Ley regional 11/2006».

6 BOE n.º 10, de 11 de enero de 1991, p. 959.

7 BOE n.º 315, de 31 de diciembre de 2009, p. 112039.

8 Véanse los puntos 11 a 16 de las presentes conclusiones.

9 Véase el artículo 4 de la Ley 29/2009. Cabe observar que este artículo contiene asimismo remisiones a las disposiciones de la Ley de Competencia Desleal en el artículo 22 (relativo a la venta multinivel), en el artículo 23 (relativo a la prohibición de ventas en pirámide) y en el artículo 32 (relativo a las ventas con obsequio o prima) de la LOCM, en las versiones modificadas de éstos.

10 Véase el artículo 1 de la Ley 29/2009.

11 Así, la Administración regional expuso que los descuentos «no deben perjudicar la correcta formación del consentimiento contractual en perjuicio de los consumidores y usuarios acerca del correcto nivel de los precios de un determinado empresario o establecimiento». También destacó «la trascendencia social de la infracción, que afecta al conjunto de comerciantes y consumidores de la Región de Murcia [...] pues la finalidad económica perseguida por el infractor es múltiple y entre ellas se encuentra, entre otras, crear ofertas que operan como señuelo o gancho en productos como los que nos ocupan, con la finalidad de incitar a los consumidores a comprar productos o servicios del mismo establecimiento, así como la intención oculta de disuadir o eliminar a competidores».

12 Más concretamente, la falta de diligencia profesional y la distorsión del comportamiento de los consumidores, así como las prácticas engañosas y las prácticas agresivas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, apartados 1 y 4, de dicha Directiva.

13 El órgano jurisdiccional remitente expone que, en virtud del artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, no toda venta a pérdida se reputa desleal, como sucede con arreglo al artículo 14 de la LOCM, sino tan sólo aquellas en las que concurran las circunstancias descritas en el citado artículo 17 (a saber, inducir a error a los consumidores, desacreditar un producto o establecimiento o perseguir la eliminación de competidores), y que habrá que demostrar el carácter desleal de tal venta para poder sancionarla.

14 En efecto, el presente asunto suscita una cuestión de Derecho nueva relativa a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, en la medida en que se trata de determinar si el Tribunal de Justicia debe responder a la cuestión de si el Derecho de la Unión se opone a una disposición nacional (a saber, el artículo 14 de la LOCM) que con toda seguridad está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29, pero que, en virtud de otra disposición nacional (a saber, la sexta disposición adicional de la LOCM), es declarada aplicable en un supuesto que no está incluido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. A este respecto, véanse los puntos 41 y siguientes de las presentes conclusiones.

15 Véase el auto de 7 de marzo de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154), apartados 20 a 22 y jurisprudencia citada, en el que se declara que tales ventas, que «persiguen atraer a los consumidores a los locales comerciales de un comerciante e incitarlos a comprar», «se inscriben [por tanto] en el marco de la estrategia comercial de un operador y tienen por objeto directo la promoción y el incremento de las ventas de éste». En la sentencia de 4 de mayo de 2017, Vanderborcht (C-339/15, EU:C:2017:335), apartado 23, el Tribunal de Justicia recordó que en el citado artículo 2, letra d), se emplea una «formulación especialmente amplia» para definir el concepto de «prácticas comerciales».

16 Véanse, en particular, la sentencia de 17 de enero de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14), apartados 28 a 33, así como los autos de 7 de marzo de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154), apartado 17, y de 8 de septiembre de 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560), apartado 29.

17 Tras citar un extracto de la mencionada exposición de motivos, el órgano jurisdiccional remitente indica que «la [LOCM] tiene entre sus *finalidades manifiestas* la protección del consumidor» (el subrayado

es mío) y reitera este análisis al final de su primera cuestión prejudicial. Véanse también los puntos 11 y 28 de las presentes conclusiones.

18 Según el auto de remisión, la postura prácticamente unánime de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas españolas refleja que «con el propósito de dar una protección más eficaz a los consumidores y usuarios en su ámbito material propio la [LOCM y, en particular, su artículo 14] es mucho más restrictiva que la Ley [...] de Competencia Desleal [y, en particular, su artículo 17] en lo que se refiere a la práctica de la venta con pérdida».

19 Véanse el punto 23 y la nota 11 de las presentes conclusiones.

20 Véase la sentencia de 9 de noviembre de 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660), apartados 25 a 28, en lo relativo a las alegaciones del Gobierno austriaco según las cuales la disposición nacional controvertida en el litigio principal perseguía esencialmente objetivos relacionados con el mantenimiento del pluralismo de la prensa.

21 Véase el auto de 7 de marzo 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154), apartado 18. En este sentido, véase también el considerando 8 de la Directiva 2005/29, a cuyo tenor dicha Directiva protege también indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en ese instrumento jurídico.

22 En efecto, en el marco de un procedimiento prejudicial, no incumbe al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno de un Estado miembro, así como tampoco juzgar si es correcta la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente hace de ese Derecho (auto de 30 de junio de 2011, Wamo, C-288/10, EU:C:2011:443, apartados 26 y siguientes; sentencias de 13 de junio de 2013, Kostov, C-62/12, EU:C:2013:391, apartados 24 y 25, y de 21 de septiembre de 2016, Etablissements Fr. Colruyt, C-221/15, EU:C:2016:704, apartado 15, así como de 4 de mayo de 2017, Hanse Yachts, C-29/16, EU:C:2017:343, apartado 34).

23 Véanse, en particular, las sentencias de 8 de junio de 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412), apartado 36, y de 21 de junio de 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464), apartado 25.

24 Véase, por analogía, la sentencia de 17 de octubre de 2013, RLVs (C-391/12, EU:C:2013:669), apartados 34 y 35.

25 Véanse, en particular, los considerandos 6 a 8, el artículo 1, el artículo 2, letra d), y el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2005/29.

26 Véanse, en particular, las conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas en el asunto Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:161), puntos 43 y siguientes; el auto de 30 de junio de 2011, Wamo (C-288/10, EU:C:2011:443), apartado 22; la sentencia de 17 de enero de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14), apartado 30, y el auto de 8 de septiembre de 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560), apartado 26.

27 Véanse, en particular, la sentencia de 18 de octubre de 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638), apartados 45 y siguientes; la sentencia de 7 de noviembre de 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718), apartados 21 y siguientes; el auto de 12 de mayo de 2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343), apartados 27 y siguientes, y la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartados 53 y siguientes.

---

28 Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de enero de 2003, BIAO (C-306/99, EU:C:2003:3), apartados 90 y siguientes.

---

29 Véanse los puntos 53 y siguientes de las presentes conclusiones.

---

30 En cambio, la Comisión indicó en la vista no haber encontrado indicaciones suficientemente precisas para considerar que el legislador español hubiera tenido la intención de hacer extensivo a las transacciones entre profesionales el régimen de protección previsto en la Directiva 2005/29.

---

31 Las razones de que no se modificaran las referidas disposiciones no se reflejan en el auto de remisión y me parece que el preámbulo de la Ley 29/2009 no contiene consideraciones que se refieran, en particular, al régimen jurídico de las ventas con pérdida. En sus observaciones orales, el Gobierno español afirmó, sin indicar ninguna fuente pertinente, que si el legislador no modificó el artículo 14 de la LOCM al proceder a la transposición de la Directiva 2005/29, ello obedeció a que estimó que dicho artículo no estaba relacionado con la protección de los consumidores.

---

32 Cabe observar que, a la luz de su preámbulo, la Ley de Competencia Desleal tiene también como finalidad la protección de los consumidores (véase el punto 15 de las presentes conclusiones).

---

33 Véase el punto 19 y la nota 9, así como el punto 33 de las presentes conclusiones.

---

34 Véase el punto 20 de las presentes conclusiones.

---

35 En la vista, Europamur alegó que, según el preámbulo de la Ley 29/2009, ésta tenía como finalidad unificar los regímenes jurídicos aplicables en materia de prácticas comerciales desleales, con independencia de quien fuera el destinatario —profesional o consumidor— del bien de que se trate, y que, en consecuencia, procedía interpretar lo dispuesto en la LOCM en relación con las disposiciones de la Ley de Competencia Desleal.

---

36 Véase también el punto 32 de las presentes conclusiones.

---

37 Véase el auto de 7 de marzo de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154), apartados 30 y 31.

---

38 Véanse también los puntos 11 y 38 de las presentes conclusiones.

---

39 Véanse, en particular, la sentencia de 9 de noviembre de 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660), apartado 30; el auto de 7 de marzo de 2013, Euronics

Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154), apartado 24, y la sentencia de 10 de julio de 2014, Comisión/Bélgica (C-421/12, EU:C:2014:2064), apartado 61.

40 A tenor de este considerando, el hecho de enumerar «exhaustivamente en la lista» del citado anexo las «prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia» permite «incrementar la seguridad jurídica».

41 Véase la sentencia de 23 de abril de 2009, VTB-VAB y Galatea (C-261/07 y C-299/07, EU:C:2009:244), apartados 56 y siguientes; la sentencia de 17 de enero de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14), apartados 35 y siguientes; el auto de 7 de marzo de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154), apartados 25 a 28, y la sentencia de 3 de abril de 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211), apartados 30 y siguientes, así como el auto de 8 de septiembre de 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560), apartados 38 y siguientes.

42 Véase el auto de 7 de marzo de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154), apartado 29.

43 En el texto de la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pone de relieve el carácter automático de esta prohibición. Véanse también los puntos 30 a 32 y 50 de las presentes conclusiones.

44 Véanse los puntos 55 a 59 de las presentes conclusiones.

45 El órgano jurisdiccional remitente observa que tales excepciones a la prohibición de las ventas con pérdida no estaban previstas, en cambio, por la legislación belga controvertida en el asunto que dio lugar al auto de 7 de marzo de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154).

46 Recuérdese que, en virtud de dicha disposición, un profesional acusado de haber incumplido la prohibición de vender con pérdida podrá evitar la correspondiente sanción, ya sea demostrando que la venta tenía por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, ya sea cuando se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización.

47 En efecto, ni la necesidad de alcanzar los precios de sus competidores, ni el carácter perecedero de los productos objeto de la venta de que se trate, se mencionan en los citados artículos de la Directiva 2005/29.

48 Sobre la naturaleza de la armonización llevada a cabo por la citada Directiva, véanse, en particular, las conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas en los asuntos acumulados VTB-VAB y Galatea (C-261/07 y C-299/07, EU:C:2008:581), puntos 74 y siguientes.

49 Véanse los puntos 30 a 32 de las presentes conclusiones.

50 A este respecto, Europamur alega fundadamente que la carga de la prueba consistente en tener que demostrar el carácter no desleal del comportamiento reprochado, a saber, un hecho negativo, no está prevista

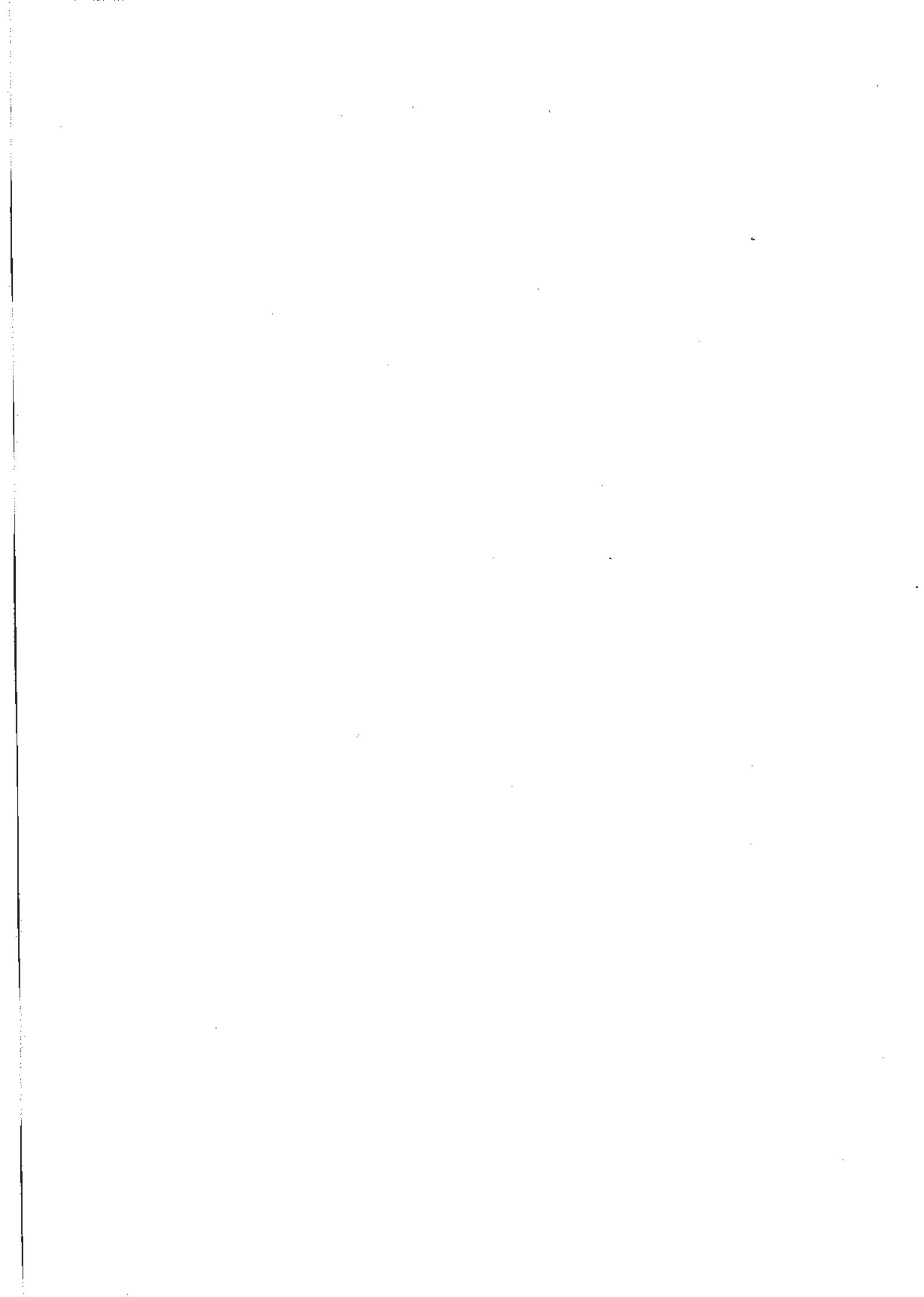
por la Directiva 2005/29 y constituye una medida más restrictiva que las que figuran en esta última, resultando, por tanto, contraria a su artículo 4.

---

51 Sentencia de 23 de abril de 2009, VTB-VAB y Galatea (C-261/07 y C-299/07, EU:C:2009:244), apartados 64 y siguientes, así como conclusiones del Abogado Genral Trstenjak presentadas en los asuntos acumulados VTB-VAB y Galatea (C-261/07 y C-299/07, EU:C:2008:581), puntos 84 y siguientes. Véase también, en este sentido, la sentencia de 11 de marzo de 2010, Telekomunikacja Polska (C-522/08, EU:C:2010:135), apartados 31 y 33.

---

52 Véase la sentencia de 17 de enero de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14), apartados 48 y siguientes.



# Documento n° 4

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 19 de octubre de 2017 (\*)

«Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Directiva 2005/29/CE — Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores — Ámbito de aplicación de dicha Directiva — Venta de un mayorista a minoristas — Competencia del Tribunal de Justicia — Legislación nacional que prohíbe con carácter general las ventas con pérdida — Excepciones basadas en criterios no previstos en la propia Directiva»

En el asunto C-295/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia, mediante auto de 27 de abril de 2016, recibido en el Tribunal de Justicia el 25 de mayo de 2016, en el procedimiento entre

**Europamur Alimentación, S.A.**

y

**Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por los Sres. J.L. da Cruz Vilaça, Presidente de Sala, y los Sres. E. Levits y A. Borg Barthet, la Sra. M. Berger y el Sr. F. Biltgen (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. H. Saugmandsgaard Øe;

Secretario: Sr. I. Illéssy, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 6 de abril de 2017;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Europamur Alimentación, S.A., por el Sr. F. Bueno Sánchez, procurador, y por el Sr. A. García Medina, abogado;
- en nombre del Gobierno español, por la Sra. A. Gavela Llopis, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por las Sras. S. Pardo Quintillán y G. Goddin, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 29 de junio de 2017;

dicta la siguiente

### Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DO 2005, L 149, p. 22).
- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Europamur Alimentación, S.A. (en lo sucesivo, «Europamur»), y la Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, denominada anteriormente Dirección General de Consumo, Comercio y Artesanía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo, «Administración regional»), en relación con la conformidad a Derecho de una sanción administrativa impuesta a Europamur debido al incumplimiento de la prohibición de venta con pérdida que establece la legislación española en materia de comercio minorista.

#### Marco jurídico

##### *Derecho de la Unión*

- 3 Los considerandos 6, 8 y 17 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales afirman lo siguiente:
  - «(6) [...] La presente Directiva aproxima las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad desleal, que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, por ende, indirectamente perjudiciales para los de los competidores legítimos. [...] No comprende ni atañe a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican sólo a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes; para tener plenamente en cuenta el principio de subsidiariedad, los Estados miembros seguirán teniendo la capacidad de regular esas prácticas, de conformidad con el Derecho comunitario, si así lo deciden. [...]
  - [...]
  - (8) La presente Directiva protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. [...]
  - [...]
  - (17) Para incrementar la seguridad jurídica, es importante que estén identificadas aquellas prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Ese tipo de prácticas se enumeran exhaustivamente en la lista del anexo I. Se trata exclusivamente de las prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9. La lista sólo puede modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

4 El artículo 1 de dicha Directiva dispone lo siguiente:

«La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores.»

5 El artículo 2 de la citada Directiva prevé:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) “consumidor”: cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión;

b) “comerciante”: cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste;

[...]

d) “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores” [...]: todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores;

[...]».

6 El artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva tiene la siguiente redacción:

«La presente Directiva será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto.»

7 A tenor del artículo 4 de la Directiva las sobre prácticas comerciales desleales:

«Los Estados miembros no restringirán la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta Directiva.»

8 El artículo 5 de la misma Directiva, que lleva como epígrafe «Prohibición de las prácticas comerciales desleales», tiene la siguiente redacción:

«1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.

2. Una práctica comercial será desleal si:

a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional,

y

- b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

[...]

4. En particular, serán desleales las prácticas comerciales que:

a) sean engañosas según lo establecido en los artículos 6 y 7,

o

b) sean agresivas según lo establecido en los artículos 8 y 9.

5. En el anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. La misma lista única se aplicará en todos los Estados miembros y sólo podrá modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

#### *Derecho español*

##### Legislación en materia de comercio minorista

- 9 A tenor de la exposición de motivos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996, p. 1243), en su versión aplicable a los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, «LOCM»):

«[Entre otros objetivos] la Ley [...] aspira [...] a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia. No es preciso insistir en que los efectos más inmediatos y tangibles de una situación de libre y leal competencia se materializan en una mejora continuada de los precios y de la calidad y demás condiciones de la oferta y servicio al público, lo que significa, en definitiva, la más eficaz actuación en beneficio de los consumidores.»

- 10 El artículo 14 de la LOCM, que lleva como epígrafe «Prohibición de la venta con pérdida», prevé en sus apartados 1 y 2 lo siguiente:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior [que establece el principio de libertad de precios], no se podrán ofertar ni realizar ventas al público con pérdida, fuera de los supuestos regulados en los capítulos IV [relativo a la venta de saldos] y V [relativo a las ventas en liquidación] del Título II de la presente Ley, a menos que, quien la realice, tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, o se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización.

En todo caso, deberá respetarse lo dispuesto en la Ley sobre Competencia Desleal.

2. A los efectos señalados en el apartado anterior se considerará que existe venta con pérdida, cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación.»

- 11 En virtud de la disposición adicional sexta de la LOCM, disposición que fue incluida en esta Ley en 1999, esta prohibición de la venta con pérdida será igualmente de aplicación «a las entidades de cualquier naturaleza jurídica, que se dediquen al comercio mayorista».
- 12 La LOCM fue desarrollada por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia mediante la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre Régimen del Comercio Minorista de la Región de Murcia (BORM n.º 2, de 3 de enero de 2007, p. 141; en lo sucesivo, «Ley regional 11/2006»). El artículo 54 de esta Ley dispone que las infracciones graves serán sancionadas con multa de 3 001 a 15 000 euros. A efectos de determinar la existencia de una «infracción grave», dicha Ley regional remite a la LOCM, cuyo artículo 65, apartado 1, letra c), atribuye esta calificación a las ventas con pérdida. Los criterios para calcular el importe de la sanción se enuncian en el artículo 55 de la Ley regional 11/2006, el cual menciona, entre otros factores, la gravedad del daño «causado a los intereses de los consumidores».

#### Legislación en materia de competencia desleal

- 13 A tenor del preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE n.º 10, de 11 de enero de 1991, p. 959; en lo sucesivo, «Ley de Competencia Desleal»):

«Obedece la [presente] Ley [...] a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado. Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional. Esta nueva vertiente del problema, en general desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal, ha constituido un estímulo adicional de la máxima importancia para la emanación de la nueva legislación.»
- 14 El artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, que lleva como epígrafe «Venta a pérdida», establece lo siguiente:
  - «1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.
  2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:
    - a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.
    - b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.
    - c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.»

Ley 29/2009

- 15 La transposición en el Derecho español de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales se llevó a cabo en virtud de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE n.º 315, de 31 de diciembre de 2009, p. 112039).
- 16 La Ley 29/2009 modificó, entre otros instrumentos jurídicos, la LOCM y la Ley de Competencia Desleal, aunque sin introducir cambios en las disposiciones de estas Leyes que se mencionan, respectivamente, en los apartados 9 a 12 y en los apartados 13 y 14 de la presente sentencia.
- 17 La Ley 29/2009 añadió un apartado 3 al artículo 18 de la LOCM, a cuyo tenor la promoción de las ventas «se reputará desleal cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal».
- 18 La Ley 29/2009 modificó, por un lado, el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, de tal manera que este artículo enuncia los criterios que permiten considerar «desleal» una práctica comercial, tal como se definen en el artículo 5 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y, por otro lado, los artículos 5 y 7 de la Ley de Competencia Desleal, cuyos textos pasan a reproducir, respectivamente, el texto del artículo 6 y el texto del artículo 7 de dicha Directiva.

#### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

- 19 Como comerciante mayorista, Europamur vende productos domésticos y de alimentación a supermercados y tiendas de barrio que sufren directamente la competencia de las grandes cadenas de supermercados. Al estar integrada en una central de compras, Europamur puede ofrecer a sus clientes, el pequeño comercio, los productos a unos precios competitivos con los que poder hacer frente a las grandes cadenas de distribución.
- 20 Mediante resolución de 23 de febrero de 2015, la Administración regional impuso a Europamur una multa de 3 001 euros por haber incumplido la prohibición resultante del artículo 14 de la LOCM, al haber vendido con pérdida determinados productos de los que comercializaba.
- 21 La Administración regional motivó la citada resolución mediante diversas consideraciones relativas a la protección de los consumidores. En este sentido, comenzó exponiendo que los descuentos «no deben perjudicar la correcta formación del consentimiento contractual en perjuicio de los consumidores y usuarios acerca del correcto nivel de los precios de un determinado empresario o establecimiento». A continuación, destacó «la trascendencia social de la infracción, que afecta al conjunto de comerciantes y consumidores de la Región de Murcia [...] pues la finalidad económica perseguida por el infractor es múltiple y entre ellas se encuentra, entre otras, crear ofertas que operan como señuelo o gancho en productos como los que nos ocupan, con la finalidad de incitar a los consumidores a comprar productos o servicios del mismo establecimiento, así como la intención oculta de disuadir o eliminar a competidores». Por último, al fijar el importe de la sanción, la Administración regional tuvo en cuenta el criterio del «grave daño causado a los intereses de los consumidores», enunciado en el artículo 55 de la Ley regional 11/2006. En cambio, no precisó en qué medida el comportamiento de Europamur había perjudicado concretamente los intereses de los consumidores, puesto que, según la interpretación dominante del artículo 14 de la LOCM, la venta con pérdida puede por sí misma causar perjuicio a los consumidores y a los clientes.

- 22 Europamur interpuso recurso contencioso-administrativo contra la mencionada resolución, alegando, entre otros motivos, que era necesario que el pequeño comercio pudiera alinear sus precios con los de los competidores, que la regulación de la prueba resultante del artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal se debería haber respetado en su favor, y que el comportamiento sancionado no ocasionaba ningún perjuicio a los consumidores. Europamur alegó también que la sanción impuesta era contraria al Derecho de la Unión porque la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales había sido insuficientemente transpuesta en el ordenamiento jurídico interno por la Ley 29/2009, en la medida en que no modificó el texto del artículo 14 de la LOCM.
- 23 Por su parte, la Administración regional sostuvo en lo sustancial, por un lado, que el régimen de sanciones de la LOCM, especialmente previsto para defender los intereses de los consumidores, es independiente con respecto a la Ley de Competencia Desleal, que regula más bien las relaciones de los agentes económicos entre sí, de tal manera que la prohibición del artículo 14 de la LOCM podría aplicarse sin que concurrieran las circunstancias previstas en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, y, por otro lado, que no existe ningún conflicto entre la legislación nacional y la legislación de la Unión.
- 24 En tales circunstancias, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Debe interpretarse la Directiva [...] sobre prácticas comerciales desleales en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como es el artículo 14 de la [LOCM] que tiene carácter más estricto que la Directiva en cuestión al prohibir de entrada la venta con pérdida —incluso a los mayoristas—, por considerar esta práctica como una infracción administrativa y sancionarla en consecuencia teniendo en cuenta que la Ley española persigue, además de ordenar el mercado, proteger los intereses de los consumidores?
- 2) ¿Debe interpretarse la Directiva [sobre las prácticas comerciales desleales] en el sentido de que se opone al citado art. 14 [de la] LOCM incluso si la disposición nacional permite que se pueda excluir de la prohibición genérica la venta con pérdida en los supuestos de que (i) el infractor pruebe que la venta con pérdida tenía como finalidad alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas o (ii) se trate de artículos perecederos en fechas próximas a su inutilización?»

#### **Sobre las cuestiones prejudiciales.**

25. Mediante las dos cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el Juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva.

#### *Sobre la competencia*

- 26 El Gobierno español y la Comisión Europea ponen en duda la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, basándose en que, a su juicio, los hechos sobre los que versa el litigio principal no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. En este sentido, argumentan que, según resulta de los

artículos 2 y 3 de la citada Directiva, ésta se aplica únicamente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en relación con los consumidores y no resulta aplicable, por ende, a las prácticas comerciales desleales entre profesionales. Pues bien, concluyen, consta que en el presente caso la venta con pérdida tiene lugar entre profesionales.

- 27 A través de esta argumentación, el Gobierno español y la Comisión niegan en lo sustancial la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado remitente.
- 28 A este respecto, tal como observa el Abogado General en el punto 42 de sus conclusiones, si bien es cierto que la aplicación de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales se circunscribe a las prácticas que perjudican directamente los intereses económicos de los consumidores y que la Directiva no se aplica, por ende, a los profesionales, no por ello puede llegarse a la conclusión de que el Tribunal de Justicia no sea competente para responder a las cuestiones prejudiciales que le ha planteado el Juzgado de remisión.
- 29 En efecto, el Tribunal de Justicia se ha declarado en reiteradas ocasiones competente para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial relativas a disposiciones del Derecho de la Unión en situaciones en las que los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación de ese Derecho, pero en las que las disposiciones del Derecho de la Unión habían sido declaradas aplicables por el Derecho nacional, al atenerse, para resolver situaciones que no correspondían al Derecho de la Unión, a las soluciones adoptadas por este último (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, apartado 45, y de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, apartado 53). En una situación de este tipo, existe un interés manifiesto de la Unión Europea en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas del Derecho de la Unión sean objeto de interpretación uniforme (sentencia de 18 de octubre de 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, apartado 46 y jurisprudencia citada).
- 30 En el presente asunto, del auto de remisión resulta que las disposiciones de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales han sido declaradas aplicables por el Derecho nacional a situaciones que, como aquella sobre la que versa el litigio principal, no están incluidas en el ámbito de aplicación de la propia Directiva.
- 31 En efecto, tal como observa el Abogado General en los puntos 46 a 51 de sus conclusiones, el artículo 14 de la LOCM, que prohíbe la venta con pérdida en el comercio minorista, debe ser considerado como una transposición de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Además, dado que la disposición adicional sexta de la LOCM hace extensiva tal prohibición a los mayoristas, y puesto que la prohibición prevista en el artículo 14 de la LOCM se aplica de la misma manera a las ventas celebradas entre mayoristas y minoristas y a aquellas celebradas entre minoristas y consumidores, las implicaciones de la interpretación de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales solicitada por el Juzgado remitente son las mismas en las dos clases de ventas. Por lo demás, del auto de remisión resulta que la sanción impuesta a Europamur se fundamenta en el artículo 14 de la LOCM, que es precisamente objeto de las cuestiones prejudiciales.
- 32 Por lo tanto, existe un interés manifiesto de la Unión en que, para evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas del Derecho de la Unión sean objeto de una interpretación uniforme.
- 33 Habida cuenta de lo que antecede, el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas.

*Sobre el fondo*

- 34 A fin de responder a la cuestión, tal como ha sido reformulada en el apartado 25 de la presente sentencia, procede recordar de inmediato que el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida, sin que sea necesario determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada caso, si la operación comercial en cuestión presenta carácter «desleal» a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la propia Directiva y sin reconocer a los tribunales competentes margen de apreciación al respecto, siempre y cuando la referida disposición persiga finalidades relacionadas con la protección de los consumidores (véase, en este sentido, el auto de 7 de marzo de 2013, *Euronics Belgium*, C-343/12, EU:C:2013:154, apartados 30 y 31 y jurisprudencia citada).
- 35 En lo que atañe, en primer lugar, a las finalidades que persigue la disposición nacional controvertida en el litigio principal, de la exposición de motivos de la LOCM se desprende que esta Ley tiene por objeto proteger a los consumidores. Además, según el Juzgado remitente, esta finalidad se impone incluso en una situación como la controvertida en el litigio principal, que se refiere a ventas celebradas entre mayoristas y pequeños comerciantes, puesto que tales ventas tienen repercusiones sobre los consumidores. El Juzgado remitente precisa que el consumidor se ve beneficiado en sus compras en el pequeño comercio de la agrupación de pedidos realizada a través del almacén mayorista, sin lo cual el minorista se vería impotente frente a las grandes cadenas y a las grandes superficies comerciales, que disponen de una capacidad de compra superior.
- 36 La anterior constatación viene corroborada por la resolución sancionadora adoptada por la Administración regional. En efecto, tal como resulta del apartado 21 de la presente sentencia, la Administración regional motivó la citada resolución y la cuantía de la multa mediante diversas consideraciones relativas a la protección de los consumidores.
- 37 Por lo demás, precisamente a la luz de las finalidades del artículo 14 de la LOCM así identificadas solicita el Juzgado remitente al Tribunal de Justicia la interpretación de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales.
- 38 En lo que atañe, en segundo lugar, al extremo de dilucidar si la prohibición de vender con pérdida controvertida en el litigio principal tiene carácter general en el sentido de la jurisprudencia o si las excepciones a tal prohibición permiten a los tribunales nacionales determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada caso, si la venta con pérdida en cuestión presenta carácter «desleal» a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, es preciso recordar que el artículo 5 de dicha Directiva enuncia los criterios que permiten determinar las circunstancias en las que una práctica comercial debe considerarse desleal y, por consiguiente, prohibida (auto de 7 de marzo de 2013, *Euronics Belgium*, C-343/12, EU:C:2013:154, apartado 25).
- 39 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y que, por tanto, como prevé expresamente su artículo 4, los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la referida Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores (véanse, en este sentido, la sentencia de 14 de enero de 2010, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, C-304/08, EU:C:2010:12, apartado 41, y el auto de 30 de junio de 2011, *Wamo*, C-288/10, EU:C:2011:443, apartado 33).

- 40 En este caso, por un lado, consta que, por aplicación de la disposición nacional controvertida en el litigio principal, la venta con pérdida se considera en sí misma una práctica comercial desleal y que no incumbe a los tribunales nacionales determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada caso, si tal venta presenta carácter desleal a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Por otro lado, también consta sin discusión que las dos excepciones a la prohibición de las ventas con pérdida que se contemplan en el artículo 14 de la LOCM obedecen a criterios que no se han previsto en dicha Directiva.
- 41 Pues bien, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 39 de la presente sentencia, los Estados miembros no pueden, al establecer criterios distintos de los enunciados en el artículo 5 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, adoptar medidas más restrictivas que las definidas en esa misma Directiva.
- 42 Por otro lado, entre las medidas más restrictivas prohibidas figura asimismo, como ha observado el Abogado General en los puntos 62 a 64 de sus conclusiones, la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 14 de la LOCM. En efecto, dado que las ventas con pérdida no figuran entre las prácticas contempladas en el anexo I de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, la imposición de una sanción por incumplimiento de la prohibición de las ventas con pérdida debe venir precedida de un análisis, que debe llevarse a cabo tomando en consideración el contexto fáctico de cada caso, del carácter «desleal» de la venta en cuestión a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la citada Directiva, y no puede descansar en una presunción que incumbiría al profesional destruir (véase, por analogía, la sentencia de 23 de abril de 2009, VTB-VAB y Galatea, C-261/07 y C-299/07, EU:C:2009:244, apartado 65, que versa sobre la prohibición de las ofertas conjuntas a los consumidores).
- 43 En tales circunstancias, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva.

#### Costas

- 44 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

**La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes**

con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva.

Da Cruz Vilaça

Levits

Borg Barthet

Berger

Biltgen

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 19 de octubre de 2017.

El Secretario

El Presidente de la Sala  
Quinta

A. Calot Escobar

J.L. da Cruz Vilaça

---

⚙️ Lengua de procedimiento: español.



## ACUERDO DE ADMISIÓN A TRÁMITE DE SOLICITUD DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

### EXPEDIENTE 1J18RP000003. TOYS R US IBERIA, S.A.

En fecha 23 de noviembre de 2018, ha tenido entrada electrónica en esta Consejería reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos.

En su virtud, procede la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, con objeto de reconocer y hacer efectivo, en su caso, el derecho a obtener una indemnización.

La competencia para la resolución del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2 o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Dicha competencia ha sido delegada en el titular de la Secretaría General en virtud del artículo 1, letra A), apartado 3, de la Orden de 4 de mayo de 2018, de la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente, por la que se delegan competencias del titular del departamento en los titulares de los Órganos Directivos de la Consejería, BORM nº 105 de 9/5/2018.

En virtud de lo expuesto,

### RESUELVO

**PRIMERO.-** Admitir a trámite la solicitud de responsabilidad patrimonial instada por la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, por la **sanciones de 3.001 y 1.000 euros** impuestas en el expediente sancionador **4115SA0021** a la interesada (por error ésta señala que la suma de las sanciones es 4.000 euros), tramitados por la correspondiente Dirección General con competencias en materia de comercio.

**SEGUNDO.-** Nombrar Instructor del procedimiento a don Hilario Castillo Sánchez, Asesor Jurídico del Servicio Jurídico de esta Secretaría General, siendo su régimen abstención y recusación el previsto en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

**TERCERO.-** Comunicar a la reclamante que el plazo máximo para la notificación de la resolución del presente procedimiento es de seis meses, a contar desde que se inicia el procedimiento, conforme a lo establecido en el artículo 91.3 de



la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, siendo el efecto que pudiera producir el silencio administrativo el de desestimación de la solicitud planteada, en virtud de lo establecido en dicho precepto y en el artículo 24.1, segundo párrafo, de la misma Ley.

Por otro lado, se acuerda que dicho plazo **quede en suspenso** a tenor del artículo 22.1. a) de la mencionada Ley 39/2015, al requerirse a la interesada la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios. La suspensión tendrá lugar por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, por el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 68 de la citada Ley.

**CUARTO.- Requerir a la interesada**, al amparo del artículo 68 de la Ley 39/2015, en relación a lo establecido en el artículo 67 de la misma ley, para que, en un **plazo de diez días, mejore su solicitud** en los siguientes términos:

1. **Determine con exactitud el importe del daño alegado**, pues la suma del importe de las dos sanciones impuestas en el expediente objeto de la reclamación no se corresponde con el solicitado.

2. **Fundamente la exigencia de responsabilidad patrimonial respecto de la infracción número 2 de la resolución sancionadora: infracción leve tipificada en el artículo 45. c) de la Ley 11/2006**, pues, a priori, ninguna relación guarda dicha infracción con la fundamentación de la exigencia de responsabilidad patrimonial: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 19/10/2017.

3. Aporte **declaración suscrita por la interesada** relativa a si por estos mismos hechos se siguen **otras reclamaciones** civiles, penales o administrativas y, en su caso identificarlas, remitiendo copias de las mismas, y en su caso, estado de tramitación.

4. Aporte **certificación de entidad bancaria** de la cuenta código cliente, donde realizar el pago, para el supuesto de que se estimase la presente reclamación.

**QUINTO.-** Notificar la presente resolución a la interesada en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, comunicándole que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos o elementos de juicio estime oportunos conforme a lo establecido en el artículo 76 de dicha Ley.

Murcia, en la fecha indicada al margen.

EL CONSEJERO DE EMPLEO, UNIVERSIDADES, EMPRESA Y MEDIO AMBIENTE  
P.D. (Orden de 4/5/2018. BORM nº 105 de 9/5/18)  
LA SECRETARIA GENERAL

Fdo.: Pilar Valero Huéscar

**(Documento firmado electrónicamente al margen)**



## INFORME

A los efectos previstos en el artículo 81 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se emite informe en relación a la **RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN** interpuesto por D. Andrés Batista Fayad, en nombre y representación de TOYS R US IBERIA, S.A., con CIF A 79520656, en fecha 19 de octubre de 2018, derivada de la sanción impuesta en la RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE COMERCIO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR RE,SPECTO AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ORDINARIO Nº **4I15SA0021**, EN MATERIA DEL RÉGIMEN DEL COMERCIO MINORISTA EN LA REGIÓN DE MURCIA, notificada el día 20 de enero de 2016, donde se impuso, en concreto dos sanciones, esto es:

1.- Multa de 3.001 euros, por la infracción consistente en ofertar o realizar ventas al público con pérdida de los productos citados más arriba.

2.-Multa de 1.000 euros, por la infracción consistente en anunciar unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos citados más arriba.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Vista el acta de inspección 7147-7148 de veintiocho de noviembre de 2014, en la que consta no se anuncia ventas en liquidación, restos y/o saldos, levantada en "toys r us" TOYS "R" US IBERIA, S.A. -A79520656, sito en el Centro Comercial Thader de Avda. Juan de Borbon, s/n de 30110 Churra-Murcia, folleto "toys r us black friday dtos 60 %50% 30% del 24 al 29 de noviembre de 2014", el día 25 de marzo de 2015 se dictó Acuerdo de iniciación de expediente sancionador bajo el nº 4I15SA0021 contra la mercantil TOYS "R" US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, siendo ésta notificada a la interesada legalmente en fecha 15 de abril de 2015, en el que se le imputaba la comisión de una infracción a los siguientes artículos:

1. Artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, infracción calificada como grave en el artículo 65.1.c) del mismo texto legal, en concordancia con el artículo 50.3) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre.

2. Artículo 45.c) de la Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista de la Región de Murcia, infracción calificada como leve en el artículo 50.2.c) del mismo texto legal.

Y ello en base a los siguientes hechos constatados:

1.- Ofertar o realizar venta al público con pérdida en los productos:

1.- figura Huntik.- 8001444150209. CIK2223. Giochi Preziosi España S.L. Fabricado en China, con un precio anterior de 20,99€ descuento 76,18% P.V.P. 5,00€, resultando un margen de -7,99€ (-61,51%), conforme con la factura



Región de Murcia

Consejería de Empleo, Universidades,  
Empresa y Medio Ambiente.

Dirección General de Comercio, Consumo y  
Simplificación Administrativa

Sección de Infracciones y Sanciones

Actor Francisco Rabal, 8  
30009 Murcia

T. 968 357 639

000151833 de 11/10/2012 y factura 009901206 de 16/10/2012 de GIOCHI PREZIOSI ESPAÑA, S.L.-B62452156.

2.- peluche basico Perlita.- 3296580048045. Ref.04804. 62901. Bandai España S.A. Fabricado en China, con un precio anterior de 9,99€ descuento 69,97% P.V.P. 3,00€, resultando un margen de -13,35€ (-81,65%), conforme con la factura 9849900 de 21/12/2011 de BANDAI ESPAÑA, S.A.-A19159573.

También en la venta unitaria, sin promoción P.V.P. 9,99€, precio de adquisición 16,35€, resultando un margen de -6,36€ (-38,89%),

2.- Anuncia unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos:

- mi gran amigo Rayo Macquen.- 746775358150. Mattel España S.A. Hecho en China.

- muñeca Nancy Essential.- 8410779310811. 7011081FM-3324. Art. 700011081. Famosa Spain 2014. Nif.: A84392596. Fabricado en China.

- hada Winx.- 8005163219735. GPH21973/ES.WTT31012090. Distribuido en España por Giochi Preziosi España S.L. Fabricado en China.

La mercantil presentó alegaciones al Acuerdo de Iniciación en fecha 12 de mayo, fuera del plazo legalmente establecido, dictándose Propuesta de Resolución en fecha 15 de mayo de 2015, elevando la misma a la Directora General de Comercio y Protección del Consumidor para resolver, dictándose Resolución del procedimiento en fecha 22 de junio de 2015, y notificándose en fecha 30 de junio de 2015, recibiendo alegaciones fuera de plazo, presentadas en fecha 25 de junio de 2015.

Se interpuso por Andrés Batista Fayad en nombre y representación de la Compañía mercantil "TOYS "R" US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, en fecha 20 de julio de 2015, Recurso de Alzada en plazo y forma, que fue considerado Recurso potestativo de Reposición, conforme al artículo 110.2, y conforme al artículo 117.1 de la Ley 30/92, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Que en el plazo establecido para ello la inculpada formuló alegaciones a la Propuesta de Resolución que no fueron admitidas por presentarse fuera de plazo, si bien debieron ser admitidas a trámite conforme determina el artículo 76 de la Ley 30/192, por lo que la Orden de fecha 23 de octubre de 2015 de Secretaría General de esta Consejería ordenó retrotraer actuaciones hasta el momento anterior al dictado de la resolución sancionadora.

Se dictó una nueva resolución sancionadora en fecha 14 de enero de 2016, que fue debidamente notificada en fecha 20 de enero de 2016, procediéndose posteriormente a la liquidación de las sanciones impuestas por importe de 4.001 € en total, quedando notificada la liquidación en fecha 10 de marzo de 2016.



Región de Murcia

Consejería de Empleo, Universidades,  
Empresa y Medio Ambiente.

Dirección General de Comercio, Consumo y  
Simplificación Administrativa

Sección de Infracciones y Sanciones

Actor Francisco Rabal, 8  
30009 Murcia

T. 968 357 639

**SEGUNDO.-** En fecha 19 de octubre de 2018 se ha interpuesto **RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN** por D. Andrés Batista Fayad, en nombre y representación de TOYS R US IBERIA, S.A., con CIF A 79520656, derivada de la sanción impuesta en la RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE COMERCIO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR RE,SPECTO AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ORDINARIO **Nº 4I15SA0021** de fecha 14 de enero de 2016, EN MATERIA DEL RÉGIMEN DEL COMERCIO MINORISTA EN LA REGIÓN DE MURCIA., notificada el día 20 de enero de 2016, donde se impuso dos sanciones, esto es:

1.- Multa de 3.001 euros, por la infracción consistente en ofertar o realizar ventas al público con pérdida de los productos citados más arriba.

2.-Multa de 1.000 euros, por la infracción consistente en anunciar unidades limitadas, sin informar sobre el número total de las mismas en los productos citados más arriba.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- APLICACIÓN NORMATIVA PROCESAL**

Es de aplicación el artículo 81.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esto es:

"Solicitud de informes y dictámenes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial: En el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable".

Es de aplicación igualmente el artículo 81.2 de la Ley 39/2015, en concordancia con el artículo 12.9 de la 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que establece que este Consejo deberá ser consultado, emitiendo dictamen preceptivo en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional.

#### **SEGUNDO.- PLAZO Y FORMA DE LA RECLAMACIÓN**

La reclamación de responsabilidad patrimonial se ha interpuesto en tiempo y forma, toda vez que se ha presentado en fecha 19 de octubre de 2018, dentro del plazo de un año que determina el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, para los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5\*, de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, como es éste, y toda vez que la publicación de la sentencia que declaró contraria la normativa española al Derecho de la Unión Europea fue publicada en fecha 19 de octubre de 2017.

---

\*Artículo 32.5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.



### **TERCERO.- PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN**

El artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula los supuestos en los que concurre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

#### **“Artículo 32 Principios de la responsabilidad**

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

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

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

- a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.
- b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.



Región de Murcia

Consejería de Empleo, Universidades,  
Empresa y Medio Ambiente.

Dirección General de Comercio, Consumo y  
Simplificación Administrativa

Sección de Infracciones y Sanciones

T. 968 357 639

Actor Francisco Rabal, 8  
30009 Murcia

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

#### **CUARTO: FONDO DEL ASUNTO**

Las alegaciones vertidas en la reclamación de responsabilidad patrimonial manifiestan que la actuación de la reclamante no era sancionable de acuerdo con la normativa de la Unión Europea, toda vez que no era una conducta prohibida por el artículo 17 de la LCD y por ende por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2015 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

Así, manifiesta que en fecha 29 de junio de 2017, el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, confirmó su afirmación. Así ante una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Murcia, sobre la interpretación de la Directiva 2005/29/CE concluyó lo siguiente:

"La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe con carácter general proponer o realizar ventas con pérdida y que establece excepciones a tal principio basadas en criterios que no figuran en la citada Directiva".

El referido Dictamen establece así mismo:

"El Tribunal de Justicia declaró que las prácticas consistentes en poner a la venta o vender bienes a pérdida no figuran en el anexo I de la Directiva 2005/29 y que por consiguiente, no pueden prohibirse "en cualquier circunstancia" sino



Región de Murcia

Consejería de Empleo, Universidades,  
Empresa y Medio Ambiente.

Dirección General de Comercio, Consumo y  
Simplificación Administrativa

Sección de Infracciones y Sanciones

Actor Francisco Rabal, 8  
30009 Murcia

T. 968 357 639

solamente a raíz de un análisis específico que permita comprobar su carácter desleal.”

Dicho dictamen, fue ratificado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, que declara textualmente:

“La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2015, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva.”

En consecuencia, y después de hacer alusión a los principios de la responsabilidad patrimonial de la Administración, concluye que la Administración a la que se dirige el presente escrito, aplicó incorrectamente el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), normativa nacional, generando un daño importante a esta parte que debe ser reparado; en concreto reclama la devolución de 4.000 euros abonados por una sanción basada en una infracción en materia de comercio.

## QUINTO.- PLAZO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

La Directiva 2005/29/CE concedió un período de 6 años para su aplicación, venciendo dicho plazo el 12 de junio de 2013.

DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo

### Artículo 3: Ámbito de aplicación

**5. Durante un período de seis años a partir del 12 de junio de 2007**, los Estados miembros podrán seguir aplicando, dentro del ámbito objeto de la aproximación que realiza la Directiva, disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que ésta contiene y que tengan por objeto la aplicación de las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización. Las mencionadas disposiciones nacionales deberán ser indispensables para que los consumidores estén adecuadamente protegidos de las prácticas comerciales desleales y habrán de ser proporcionadas a ese objetivo. La revisión a que se refiere el artículo 18 podrá, si se considera apropiado, incluir una propuesta para prolongar esta excepción por un período limitado de tiempo.



## SEXTO.- INDEMNIZACIÓN

El artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público regulan los supuestos en los que concurre la indemnización en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

“1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Analizando los plazos establecidos legalmente, la reclamación se realiza en fecha 19 de octubre de 2018, dentro del plazo de un año establecido legalmente, desde la publicación de la Sentencia (19 de octubre de 2017), y se remite a una Resolución sancionadora que quedó firme en fecha 20 de febrero de 2016, dentro del plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia.

Así mismo la Resolución sancionadora se dicta en fecha 14 de enero de 2016, fuera del plazo de seis años para la aplicación de la Directiva 2005/29/CE, que permitía disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que ésta contenía, venciendo dicho plazo el 12 de junio de 2013.

**SEGUNDA:** Respecto al daño alegado, éste viene dado por la imposición de una sanción, siendo por tanto un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona, en este caso, persona jurídica.

**TERCERA:** Finalmente debemos concluir que efectivamente se aplicó una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, habiéndose obtenido sentencia firme del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en ese sentido, y si bien no se cumple estrictamente el primer requisito señalado en el artículo 32.5 de la Ley 40/2015, toda vez que la norma no tiene por objeto conferir derechos a los particulares, sino una prohibición de conducta comercial (la venta con pérdida, que pretendió establecer unas reglas de juego en el sector de la distribución y regular nuevas fórmulas contractuales, aspirando también, a ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre



Región de Murcia

Consejería de Empleo, Universidades,  
Empresa y Medio Ambiente.

Dirección General de Comercio, Consumo y  
Simplificación Administrativa

Sección de Infracciones y Sanciones

T. 968 357 639

Actor Francisco Rabal, 8  
30009 Murcia

todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia); sí queda constatado el incumplimiento suficientemente caracterizado, y la relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por el particular, al imponerle una sanción.

**CUARTA:** Sin embargo no se puede estar conforme a la cantidad solicitada de 4.000 € para su devolución, toda vez que la sanción impuesta por la infracción de venta con pérdida, que fue aplicada por una norma contraria a la normativa europea, fue de 3.001 €, habiendo impuesto otra sanción de 1.000 € por otra infracción en materia de comercio. Por lo que procedería en su caso una devolución de 3.001 €.

Y así lo informo a los efectos oportunos

EL TÉCNICO CONSULTOR

Fdo: Ángel Luis López de la Torre  
(documento firmado electrónicamente en el lateral)



**Ref:**HCS      **CRI:**  
**Nº Expte:** 1J18RP000003.  
**Asunto:** Resolución sobre admisión de pruebas y trámite de audiencia.  
**Destinatario:** TOYS R US IBERIA, S.A.

Visto su escrito de fecha 23/11/2018 en el que se formula reclamación de responsabilidad patrimonial por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, este instructor, recibido el día 30/1/2019 el informe preceptivo de la Dirección General competente, emitido el día 06/11/2018, y en consideración a lo establecido en el artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, resuelve:

1. Admitir la prueba documental adjuntada por la interesada en su escrito, y dar por reproducido el expediente administrativo por ella indicado.
2. Tener por ultimada la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a su instancia.

De conformidad con el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se le pone de manifiesto el expediente en la oficina del Servicio Jurídico, sita en C/ San Cristóbal, 6, 30071, Murcia, para que en el plazo de DIEZ DÍAS, a contar desde el siguiente al de la recepción de la presente, pueda tomar vista del expediente, formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

Al respecto, se le facilita una relación de documentos obrantes en el expediente, a fin de que pueda obtener copia de los que estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo, y a la vista de las alegaciones, informes y pruebas que constan en el expediente, por el órgano instructor se formulará la propuesta de resolución que corresponda.



Contra esta resolución no cabe interponer ningún recurso, aunque la interesada, conforme a lo previsto en el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá realizar alegaciones para oponerse al mismo y sin perjuicio de la posibilidad de recurrir la resolución que ponga fin a este procedimiento.

Murcia, en el día de la fecha de la firma electrónica que figura en el margen.

EL INSTRUCTOR

Hilario Castillo Sánchez



## RELACIÓN DE DOCUMENTOS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

**Documento 1:** Escrito por el que se formula presencialmente reclamación de responsabilidad patrimonial.

**Documento 2:** Requerimiento de subsanación para su presentación electrónica.

**Documento 3:** Presentación electrónica de la reclamación.

**Documento 4:** Acuerdo de admisión a trámite.

**Documento 5:** Solicitud de informe preceptivo y de expediente.

**Documento 6:** Comunicación interior remitiendo el documento 5.

**Documento 7:** Comunicación interior remitiendo informe y expediente administrativo solicitados.



## PROPUESTA DE ORDEN

Visto el expediente nº 1J18RP000003 sobre responsabilidad patrimonial instado por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, por la sanción impuesta en el expediente **4I15SA0021**, tramitado por la Dirección General con competencias en materia de comercio y de conformidad con los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 19 de octubre de 2018 se presenta en oficina de Correos y Telégrafos de Alcalá de Henares (con entrada en la CARM el día 23/10/2018) reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, adjuntando la documentación que obra en el expediente.

**SEGUNDO.-** El 22 de noviembre de 2018 se emite por el Servicio Jurídico de esta Secretaría General requerimiento de subsanación para su presentación electrónica y subsanación de acreditación de la representación pretendida, que se notifica a la interesada el 23/11/2018.

**TERCERO.-** Con fecha 23 de noviembre de 2018 se presenta electrónicamente reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos



como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, adjuntando la documentación que obra en el expediente.

**CUARTO.-** El 12 de diciembre de 2018 se dicta por el Consejero de Empleo, Universidades, Empresas y Medio Ambiente (la Secretaria General por delegación), acuerdo de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada electrónicamente, asignándosele número de expediente 1J18RP000003, que es notificado a la interesada el 28/12/2018.

**QUINTO.-** El 22 de enero de 2019 el instructor requiere a la Dirección General competente la emisión del informe preceptivo y la remisión del expediente objeto de la reclamación, lo cual se lleva a efecto mediante comunicación interior de 23/01/2019.

**SEXTO.-** El 30 de enero de 2019 el instructor recibe la documentación solicitada en el fundamento anterior, la cual ya había sido remitida a esta Secretaría General con antelación a su petición mediante comunicación interior de 7/11/2018 de la Jefa de Sección de Infracciones y Sanciones, en la que se adjuntaba informe de Técnico Consultor de fecha 6/11/2018 e información de que el expediente se encontraba subido dentro de la aplicación APEX de esta Consejería, el cual fue objeto de impresión, incorporándose al presente expediente de reclamación patrimonial.

**SÉPTIMO.-** El 1 de febrero de 2019 se dicta por el instructor resolución sobre admisión de pruebas y trámite de audiencia, que es notificada a la interesada el día 04/02/2019, sin que conste en el expediente que la misma haya presentado alegación alguna dentro del trámite otorgado.

A dichos hechos le son de aplicación los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Competencia y régimen jurídico.**



El órgano competente para resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente expediente es el Consejero de Empleo, Universidades, Empresas y Medio Ambiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y en virtud de la atribución de competencias que en materia de comercio le atribuye el artículo 7 del Decreto del Presidente nº 2/2018, de 20 de abril, de reorganización de la Administración Regional, habiendo delegado tal competencia en el titular de la Secretaría General de la Consejería mediante Orden de 4 de mayo de 2018 (BORM núm. 105, de 9 de mayo de 2018) y conforme a lo establecido en su artículo 1, letra A), apartado 3.

El régimen jurídico de aplicación al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, puesto que el origen del presente expediente se encuentra en la solicitud de la interesada de fecha 22/11/2018, es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente en esta materia desde el día 2/10/2016 y en virtud de lo establecido *a sensu contrario* en su Disposición transitoria quinta de la Ley 39/2015.

## **SEGUNDO.- Plazo de interposición de la solicitud de responsabilidad patrimonial.**

En cuanto al plazo de presentación de la reclamación el artículo 67.1 de la citada Ley 39/2015, establece lo siguiente:

*<<Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En 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.*



*En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.*

***En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.>>***

Por tanto, el plazo de prescripción, para los diferentes supuestos en que puede exigirse la responsabilidad patrimonial de la Administración, es de un año y el inicio de su cómputo varía dependiendo de la naturaleza jurídica del concreto daño.

En el presente caso, vista la solicitud de responsabilidad patrimonial, el daño invocado se produce, a su juicio, porque la Administración le impuso una sanción **aplicando una norma del ordenamiento nacional (artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista) que era contraria a la normativa europea (Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior), por haberlo declarado así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de octubre de 2017, en el asunto C-295/16.**

En base a lo anterior, y dado que dicha sentencia produce sus efectos en esta materia de responsabilidad patrimonial, conforme a lo establecido en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, y puesto que se publicó en dicho diario el día **11 de diciembre de 2017 (2017/C424/10)**, no el 19/10/2017 como manifiesta la reclamante y el informe de la Dirección General (pues dicha fecha es la del dictado de la sentencia), el plazo de un año de prescripción de la acción para reclamar vencería el 11 de diciembre de 2018, de manera que la reclamación al interponerse electrónicamente el 23 de noviembre de 2018 lo ha sido en plazo.



### **TERCERO.- Legitimación activa y pasiva.**

Los daños cuya indemnización se solicita por la interesada en su escrito de responsabilidad patrimonial afectan al patrimonio de ésta, en concreto, se corresponden con el importe de las sanciones satisfecho (aunque no consta acreditado en el expediente el pago efectivo de dicha sanción), de manera que la interesada gozaría de legitimación activa para interponer la reclamación, a falta de la acreditación del extremo relativo al pago efectivo de la sanción, que no se procede a su comprobación por el instructor en virtud de la conclusión a la que se va a llegar en el análisis de la presente reclamación.

En cuanto a la legitimación pasiva en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, se exige la misma a la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente, en cuanto titular actual del funcionamiento del servicio con competencias en materia de sanciones de comercio, competencia que le atribuye el artículo 7 del Decreto del Presidente nº 2/2018, de 20 de abril, de reorganización de la Administración Regional, y por cuyo funcionamiento se invoca ser la causante del daño producido consistente en la imposición de sanciones por importe total de 4.000 euros (se trata de un error pues la suma de las sanciones impuestas en el referido expediente es de 4.001 euros), al aplicar una norma de nuestro ordenamiento nacional que resultó ser a posteriori contraria a la normativa europea, por haberlo declarado así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de octubre de 2017, en el asunto C-295/16, en los expedientes sancionadores 4I10SA0065, 4I09SA0065, y 4I11SA0113-14 (por error se cita por la interesada los expedientes inexistentes 4I09SA0113-14).

Efectivamente, la sentencia en cuestión, que resuelve una decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 4 de Murcia, declara lo siguiente: “La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales



desleales»), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva”. La disposición nacional en cuestión que se opone a la citada Directiva 2005/29 no es otra que el artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE N° 15, de 17/1/1996), que define, bajo el título Prohibición de la venta con pérdida, dentro del ordenamiento jurídico español la venta con pérdida, y en base al cual se consideraron cometidas las infracciones en cuya virtud se impusieron las sanciones cuyo abono hoy se reclama a esta Comunidad Autónoma.

Pues bien, dicho ello, cabe afirmar que la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia carece de la legitimación pasiva que se le reclama. Y ello, porque la reclamación de responsabilidad patrimonial se exige a esta Comunidad Autónoma al amparo de lo establecido en el artículo 32.3, apartado b), de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece la **responsabilidad del Estado legislador** cuando **los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea**, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 de dicho precepto y siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores: 1, 2 y 3. Requisito que no concurre en esta Comunidad Autónoma puesto que no fue ésta quien traspuso al Derecho interno español la Directiva antes referida, sino que dicha trasposición se produjo por ley de las Cortes Generales, n° 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE n° 315, de 31/12/2009), y ello por ser la competencia desleal materia reservada a la competencia estatal de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1, reglas 6.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup>, de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, las bases de las obligaciones contractuales y las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica general, y el resto de las disposiciones de la ley relativas a la regulación de las acciones derivadas de la competencia desleal y al régimen común en



materia de derechos básicos de los consumidores e infracciones y sanciones, al ser competencias exclusivas del Estado en materia de legislación procesal, condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la Constitución.

Por tanto, en el presente caso, el estado legislador a quien es exigible la correspondiente responsabilidad por haber traspuesto de manera inadecuada o contraria la normativa europea al derecho interno, según declaró la sentencia del Tribunal Europeo, es el poder legislativo estatal, a quien deberá ser exigida la correspondiente responsabilidad por dicho concepto. No procede, por tanto, atribuir dicho carácter de estado legislador a esta Comunidad Autónoma, la cual se ha limitado a cumplir lo establecido en la Disposición final cuarta de la citada ley, que advertía a las Administraciones públicas competentes, que incumplieran lo dispuesto en esa ley o en el derecho comunitario afectado dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, que asumirían las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. Esta Comunidad Autónoma se limitó a aplicar una ley aprobada por las Cortes Generales, vigente, como no podía ser de otra forma, y lo hizo de forma correcta, tal y como fue refrendado por todas las sentencias judiciales que se dictaron contra los actos concretos de aplicación de dicha ley estatal. Por tanto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia no tiene en el presente caso la condición de estado legislador, de manera que no le es exigible responsabilidad patrimonial alguna por dicho concepto.

Así cabe deducirse de lo establecido en el fundamento de derecho séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo 6904/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 17/12/2010, que entre otras consideraciones, señala lo siguiente:

*[...La responsabilidad del Estado miembro se produce y es exigible por la vulneración del Derecho Comunitario, con independencia del órgano del mismo autor de la acción u omisión causante del incumplimiento, incluso en los casos en los que lo haya sido un legislador nacional, como ha establecido el Tribunal de Justicia en la citada sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y*



*Factotame, al señalar que "el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional".]*

#### **CUARTO.- Requisitos que determinan la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española dispone que «*los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos*»

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable al presente expediente se regula en el capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 32 al 35, en cuanto a los principios aplicables, el régimen de responsabilidad concurrente de las Administraciones y la regulación de la indemnización; y en cuanto al procedimiento aplicable por el común establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, existiendo en ésta preceptos concretos, aunque dispersos, referidos al procedimiento de responsabilidad patrimonial, así los artículos 65, 67, 81, 82.4, 91 y 92. Por otro lado, cabe resaltar la derogación expresa, por la Disposición derogatoria única de la última ley citada, del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Visto el régimen jurídico de aplicación, son los artículos 32 y artículo 34 de la Ley 40/2015 los que establecen los requisitos básicos exigibles en relación a la exigencia de responsabilidad patrimonial, en los términos siguientes:

Artículo 32:



<<1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

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

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

**La responsabilidad del Estado legislador** podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) **Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.**

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. **Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:**

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.



6. La **sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos **desde la fecha de su publicación** en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «**Diario Oficial de la Unión Europea**», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el **funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.**

8. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.>>

#### Artículo 34:

<< 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los **apartados 4 y 5 del artículo 32**, serán indemnizables los **daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.



3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.>>

En virtud de las normas expuestas, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, han de cumplirse cuatro requisitos fundamentales, genéricos, para la exigencia de toda responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas:

1. Que exista un hecho imputable a la Administración a la que se exija la responsabilidad.
2. Que tal hecho haya causado un daño real, efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, además de constituir un daño antijurídico que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar.
3. Que exista una relación de causa-efecto entre hecho y perjuicio (entendiendo el término “hecho” en sentido amplio, en el que tienen cabida tanto las acciones como las omisiones de la Administración Pública).
4. Que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de responsabilidad.

En cuanto al primero de los requisitos, y tal como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, el hecho que se invoca como motivador de la exigencia de responsabilidad patrimonial, por ser estado legislador, no es imputable a esta Administración autonómica por no concurrir dicha condición en la misma, de manera que no procede, por innecesario, el análisis de los requisitos subsiguientes.



Respecto a los concretos requisitos exigidos por la normativa antes trascrita relativos a la responsabilidad patrimonial del estado legislador, también la jurisprudencia, así Sentencia del Tribunal Supremo 6904/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 17/12/2010, viene a establecer que deben cumplirse los siguientes:

1. Que se haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.
2. La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares: el resultado prescrito por la Directiva debe implicar la atribución de derechos a favor de particulares.
3. El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado: el contenido de estos derechos puede ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva.
4. Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Respecto a la concurrencia del primer requisito, no consta en el expediente 4I15SA0021, ni la reclamante lo ha acreditado, que se interpusiera recurso contencioso-administrativo alguno contra la orden sancionadora resolutoria del expediente sancionador de 14/01/2016 (notificada el 20/1/2016) y por tanto que la interesada haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra dicha actuación administrativa que supuestamente ocasionó el daño, y por tanto, tampoco resultaría cumplido el requisito relativo a que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea en dicho recurso contencioso-administrativo, que posteriormente fuese declarada.



En cuanto a los requisitos 2 y 3, y consecuentemente el 4, tampoco concurren en el caso que nos ocupa, puesto que la norma declarada contraria al derecho de la Unión Europea (artículo 14 de la Ley 7/1996) no tiene por objeto conferir derecho alguno a los particulares, pues se limita a establecer el régimen jurídico aplicable a la venta con pérdida desde el punto de la ordenación del comercio, sin que nada se regule, menos aún derechos, en dicho precepto en relación con los consumidores y usuarios.

En otro orden de examen de requisitos exigibles, el artículo 34 antes transcrito, establece que para los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán **indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

Pues bien, en base a lo anterior y puesto que, nada dispone la sentencia al respecto y dado que fue publicada el 11/12/2017, únicamente serían indemnizables los **daños causados posteriores al 11/12/2012**, requisito que si se cumpliría, en relación a esta Comunidad Autónoma, en el expediente sancionador 4115SA0021, pues la sanción se impuso definitivamente en vía administrativa mediante orden del Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo de 14 de enero de 2016.

Por último, hemos de señalar que, pese a que en el acuerdo de admisión a trámite de la solicitud de responsabilidad patrimonial, se le requirió a la interesada, en su apartado cuarto, la aportación de declaración suscrita relativa a si por los mismos hechos se seguían otras reclamaciones civiles, penales o administrativas y, en su caso identificarlas, remitiendo copias de las mismas y estado de tramitación, y que aportase certificación de entidad bancaria de la cuenta código cliente donde realizar el pago para el supuesto de que se estimase la presente reclamación, no se ha mejorado la solicitud formulada en los términos referidos, lo cual, también, imposibilitaría a esta Administración el reconocimiento de su responsabilidad patrimonial, así como su efectivo cumplimiento, pues no consta declarada por la interesada la ausencia de otras



reclamaciones por los mismos hechos, ni la cuenta bancaria donde, en su caso, habría que efectuar el ingreso de la cantidad reclamada.

#### QUINTO.- Normativa aplicable.

El presente expediente de responsabilidad patrimonial se ha tramitado de conformidad con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

#### SEXTO.- Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el artículo 81.2 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y ser la cuantía de la indemnización reclamada inferior a 50.000 euros, no resulta preceptiva la emisión de dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

En su virtud, vistos los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y los preceptos legales y reglamentarios citados y demás concordantes de general aplicación, **SE PROPONE:**

**ÚNICO:** Desestimar la solicitud de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, por la sanción impuesta en el expediente 4I15SA0021, por no concurrir los requisitos exigidos en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Murcia, en el día de la fecha de la firma electrónica que figura en el margen.



**Región de Murcia**  
Consejería de Empleo, Universidades, Empresa  
y Medio Ambiente  
Secretaría General

Servicio Jurídico

**1J18RP000003**

EL INSTRUCTOR

Hilario Castillo Sánchez

21/02/2019 08:57:57

Firmante: CASTILLO SANCHEZ, H. LARIO  
Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015.  
Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM



De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 2/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, se emite el presente Borrador de Orden Diligenciado.

Murcia, a la fecha de la firma electrónica

La Secretaria General

Fdo. Pilar Valero Huéscar

**BORRADOR DE ORDEN DILIGENCIADO PARA SU REMISIÓN AL CONSEJO JURIDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA, EXPEDIENTE 1J18RP000003.**

Visto el expediente nº 1J18RP000003 sobre responsabilidad patrimonial instado por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, por la sanción impuesta en el expediente **4I15SA0021**, tramitado por la Dirección General con competencias en materia de comercio, y de conformidad con los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 19 de octubre de 2018 se presenta en oficina de Correos y Telégrafos de Alcalá de Henares (con entrada en la CARM el día 23/10/2018) reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de



Secretaría General

los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, adjuntando la documentación que obra en el expediente.

**SEGUNDO.-** El 22 de noviembre de 2018 se emite por el Servicio Jurídico de esta Secretaría General requerimiento de subsanación para su presentación electrónica y subsanación de acreditación de la representación pretendida, que se notifica a la interesada el 23/11/2018.

**TERCERO.-** Con fecha 23 de noviembre de 2018 se presenta electrónicamente reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil **TOYS R US IBERIA, S.A.**, con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, adjuntando la documentación que obra en el expediente.

**CUARTO.-** El 12 de diciembre de 2018 se dicta por el Consejero de Empleo, Universidades, Empres y Medio Ambiente (la Secretaria General por delegación), acuerdo de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada electrónicamente, asignándosele número de expediente 1J18RP000003, que es notificado a la interesada el 28/12/2018.

**QUINTO.-** El 22 de enero de 2019 el instructor requiere a la Dirección General competente la emisión del informe preceptivo y la remisión del expediente objeto de la reclamación, lo cual se lleva a efecto mediante comunicación interior de 23/01/2019.

**SEXTO.-** El 30 de enero de 2019 el instructor recibe la documentación solicitada en el fundamento anterior, la cual ya había sido remitida a esta Secretaría General con antelación a su petición mediante comunicación interior de 7/11/2018 de la Jefa de Sección de Infracciones y Sanciones, en la que se adjuntaba informe de Técnico Consultor de fecha 6/11/2018 e información de que el expediente se encontraba subido dentro de la aplicación APEX de esta Consejería, el cual fue objeto de impresión, incorporándose al presente expediente de reclamación patrimonial.



Secretaría General

**SÉPTIMO.-** El 1 de febrero de 2019 se dicta por el instructor resolución sobre admisión de pruebas y trámite de audiencia, que es notificada a la interesada el día 04/02/2019, sin que conste en el expediente que la misma haya presentado alegación alguna dentro del trámite otorgado.

**OCTAVO.-** Con fecha 21/02/2019 el órgano instructor formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la mercantil.

A dichos hechos le son de aplicación los siguientes

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Competencia y régimen jurídico.**

El órgano competente para resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente expediente es el Consejero de Empleo, Universidades, Empres y Medio Ambiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y en virtud de la atribución de competencias que en materia de comercio le atribuye el artículo 7 del Decreto del Presidente nº 2/2018, de 20 de abril, de reorganización de la Administración Regional, habiendo delegado tal competencia en el titular de la Secretaría General de la Consejería mediante Orden de 4 de mayo de 2018 (BORM núm. 105, de 9 de mayo de 2018) y conforme a lo establecido en su artículo 1, letra A), apartado 3.

El régimen jurídico de aplicación al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, puesto que el origen del presente expediente se encuentra en la solicitud de la interesada de fecha 22/11/2018, es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1



Secretaría General

de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente en esta materia desde el día 2/10/2016 y en virtud de lo establecido *a sensu contrario* en su Disposición transitoria quinta de la Ley 39/2015.

**SEGUNDO.- Plazo de interposición de la solicitud de responsabilidad patrimonial.**

En cuanto al plazo de presentación de la reclamación el artículo 67.1 de la citada Ley 39/2015, establece lo siguiente:

*<<Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En 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.*

*En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.*

***En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.>>***

Por tanto, el plazo de prescripción, para los diferentes supuestos en que puede exigirse la responsabilidad patrimonial de la Administración, es de un año y el inicio de su cómputo varía dependiendo de la naturaleza jurídica del concreto daño.

En el presente caso, vista la solicitud de responsabilidad patrimonial, el daño invocado se produce, a su juicio, porque la Administración le impuso una sanción **aplicando una norma**



Secretaría General

**del ordenamiento nacional (artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista) que era contraria a la normativa europea (Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior), por haberlo declarado así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de octubre de 2017, en el asunto C-295/16.**

En base a lo anterior, y dado que dicha sentencia produce sus efectos en esta materia de responsabilidad patrimonial, conforme a lo establecido en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, y puesto que se publicó en dicho diario el día **11 de diciembre de 2017 (2017/C424/10)**, no el 19/10/2017 como manifiesta la reclamante y el informe de la Dirección General (pues dicha fecha es la del dictado de la sentencia), el plazo de un año de prescripción de la acción para reclamar vencería el 11 de diciembre de 2018, de manera que la reclamación al interponerse electrónicamente el 23 de noviembre de 2018 lo ha sido en plazo.

### **TERCERO.- Legitimación activa y pasiva.**

Los daños cuya indemnización se solicita por la interesada en su escrito de responsabilidad patrimonial afectan al patrimonio de ésta, en concreto, se corresponden con el importe de las sanciones satisfecho (aunque no consta acreditado en el expediente el pago efectivo de dicha sanción), de manera que la interesada gozaría de legitimación activa para interponer la reclamación, a falta de la acreditación del extremo relativo al pago efectivo de la sanción, que no se procede a su comprobación por el instructor en virtud de la conclusión a la que se va a llegar en el análisis de la presente reclamación.

En cuanto a la legitimación pasiva en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, se exige la misma a la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente, en cuanto titular actual del funcionamiento del servicio con competencias en materia de sanciones de comercio, competencia que le atribuye el artículo 7 del Decreto del Presidente nº 2/2018, de 20 de abril, de reorganización de la Administración Regional, y por



Secretaría General

cuyo funcionamiento se invoca ser la causante del daño producido consistente en la imposición de sanciones por importe total de 4.000 euros (se trata de un error pues la suma de las sanciones impuestas en el referido expediente es de 4.001 euros), al aplicar una norma de nuestro ordenamiento nacional que resultó ser a posteriori contraria a la normativa europea, por haberlo declarado así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de octubre de 2017, en el asunto C-295/16.

Efectivamente, la sentencia en cuestión, que resuelve una decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 4 de Murcia, declara lo siguiente: “La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva”. La disposición nacional en cuestión que se opone a la citada Directiva 2005/29 no es otra que el artículo 14 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE Nº 15, de 17/1/1996), que define, bajo el título Prohibición de la venta con pérdida, dentro del ordenamiento jurídico español la venta con pérdida, y en base al cual se consideraron cometidas las infracciones en cuya virtud se impusieron las sanciones cuyo abono hoy se reclama a esta Comunidad Autónoma.

Pues bien, dicho ello, cabe afirmar que la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia carece de la legitimación pasiva que se le reclama. Y ello, porque la reclamación de responsabilidad patrimonial se exige a esta Comunidad Autónoma al amparo de lo establecido en el artículo 32.3, apartado b), de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece la **responsabilidad del Estado legislador** cuando **los daños deriven de la**



Secretaría General

**aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea**, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 de dicho precepto y siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores: 1, 2 y 3. Requisito que no concurre en esta Comunidad Autónoma puesto que no fue ésta quien traspuso al Derecho interno español la Directiva antes referida, sino que dicha trasposición se produjo por ley de las Cortes Generales, nº 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE nº 315, de 31/12/2009), y ello por ser la competencia desleal materia reservada a la competencia estatal de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1, reglas 6.ª, 8.ª y 13.ª, de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, las bases de las obligaciones contractuales y las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica general, y el resto de las disposiciones de la ley relativas a la regulación de las acciones derivadas de la competencia desleal y al régimen común en materia de derechos básicos de los consumidores e infracciones y sanciones, al ser competencias exclusivas del Estado en materia de legislación procesal, condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.1.ª, 6.ª y 13.ª de la Constitución.

Por tanto, en el presente caso, el estado legislador a quien es exigible la correspondiente responsabilidad por haber traspuesto de manera inadecuada o contraria la normativa europea al derecho interno, según declaró la sentencia del Tribunal Europeo, es el poder legislativo estatal, a quien deberá ser exigida la correspondiente responsabilidad por dicho concepto. No procede, por tanto, atribuir dicho carácter de estado legislador a esta Comunidad Autónoma, la cual se ha limitado a cumplir lo establecido en la Disposición final cuarta de la citada ley, que advertía a las Administraciones públicas competentes, que incumplieran lo dispuesto en esa ley o en el derecho comunitario afectado dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, que asumirían las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. Esta Comunidad Autónoma se limitó a aplicar una ley aprobada por las Cortes Generales, vigente, como no podía ser de



Secretaría General

otra forma, y lo hizo de forma correcta, tal y como fue refrendado por todas las sentencias judiciales que se dictaron contra los actos concretos de aplicación de dicha ley estatal. Por tanto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia no tiene en el presente caso la condición de estado legislador, de manera que no le es exigible responsabilidad patrimonial alguna por dicho concepto.

Así cabe deducirse de lo establecido en el fundamento de derecho séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo 6904/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 17/12/2010, que entre otras consideraciones, señala lo siguiente:

*[...La responsabilidad del Estado miembro se produce y es exigible por la vulneración del Derecho Comunitario, con independencia del órgano del mismo autor de la acción u omisión causante del incumplimiento, **incluso en los casos en los que lo haya sido un legislador nacional**, como ha establecido el Tribunal de Justicia en la citada sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame, al señalar que "el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables **es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional**".]*

#### **CUARTO.- Requisitos que determinan la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española dispone que «*los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos*»

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable al presente expediente se regula en el capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre,



Secretaría General

de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 32 al 35, en cuanto a los principios aplicables, el régimen de responsabilidad concurrente de las Administraciones y la regulación de la indemnización; y en cuanto al procedimiento aplicable por el común establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, existiendo en ésta preceptos concretos, aunque dispersos, referidos al procedimiento de responsabilidad patrimonial, así los artículos 65, 67, 81, 82.4, 91 y 92. Por otro lado, cabe resaltar la derogación expresa, por la Disposición derogatoria única de la última ley citada, del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Visto el régimen jurídico de aplicación, son los artículos 32 y artículo 34 de la Ley 40/2015 los que establecen los requisitos básicos exigibles en relación a la exigencia de responsabilidad patrimonial, en los términos siguientes:

Artículo 32:

<<1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

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

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el



Secretaría General

deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

**La responsabilidad del Estado legislador** podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) **Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.**

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. **Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:**

a) **La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.**

b) **El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.**

c) **Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.**

6. **La sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea **producirá efectos desde la fecha**



Secretaría General

**de su publicación** en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el **funcionamiento de la Administración de Justicia se registrá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.**

8. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.>>

Artículo 34:

<< 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.



Secretaría General

En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los **apartados 4 y 5 del artículo 32**, serán indemnizables los **daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.>>

En virtud de las normas expuestas, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, han de cumplirse cuatro requisitos fundamentales, genéricos, para la exigencia de toda responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas:

1. Que exista un hecho imputable a la Administración a la que se exija la responsabilidad.



Secretaría General

2. Que tal hecho haya causado un daño real, efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, además de constituir un daño antijurídico que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar.

3. Que exista una relación de causa-efecto entre hecho y perjuicio (entendiendo el término “hecho” en sentido amplio, en el que tienen cabida tanto las acciones como las omisiones de la Administración Pública).

4. Que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de responsabilidad.

En cuanto al primero de los requisitos, y tal como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, el hecho que se invoca como motivador de la exigencia de responsabilidad patrimonial, por ser estado legislador, no es imputable a esta Administración autonómica por no concurrir dicha condición en la misma, de manera que no procede, por innecesario, el análisis de los requisitos subsiguientes.

Respecto a los concretos requisitos exigidos por la normativa antes transcrita relativos a la responsabilidad patrimonial del estado legislador, también la jurisprudencia, así Sentencia del Tribunal Supremo 6904/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 17/12/2010, viene a establecer que deben cumplirse los siguientes:

1. Que se haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.
2. La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares: el resultado prescrito por la Directiva debe implicar la atribución de derechos a favor de particulares.
3. El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado: el contenido de estos derechos puede ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva.
4. Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.



Secretaría General

Respecto a la concurrencia del primer requisito, no consta en el expediente 4I15SA0021, ni la reclamante lo ha acreditado, que se interpusiera recurso contencioso-administrativo alguno contra la orden sancionadora resolutoria del expediente sancionador de 14/01/2016 (notificada el 20/1/2016) y por tanto que la interesada haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra dicha actuación administrativa que supuestamente ocasionó el daño, y por tanto, tampoco resultaría cumplido el requisito relativo a que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea en dicho recurso contencioso-administrativo, que posteriormente fuese declarada.

En cuanto a los requisitos 2 y 3, y consecuentemente el 4, tampoco concurren en el caso que nos ocupa, puesto que la norma declarada contraria al derecho de la Unión Europea (artículo 14 de la Ley 7/1996) no tiene por objeto conferir derecho alguno a los particulares, pues se limita a establecer el régimen jurídico aplicable a la venta con pérdida desde el punto de la ordenación del comercio, sin que nada se regule, menos aún derechos, en dicho precepto en relación con los consumidores y usuarios.

En otro orden de examen de requisitos exigibles, el artículo 34 antes transcrito, establece que para los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán **indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia** que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

Pues bien, en base a lo anterior y puesto que, nada dispone la sentencia al respecto y dado que fue publicada el 11/12/2017, únicamente serían indemnizables los **daños causados posteriores al 11/12/2012**, requisito que si se cumpliría, en relación a esta Comunidad Autónoma, en el expediente sancionador 4I15SA0021, pues la sanción se impuso definitivamente en vía administrativa mediante orden del Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo de 14 de enero de 2016.



Secretaría General

Por último, hemos de señalar que, pese a que en el acuerdo de admisión a trámite de la solicitud de responsabilidad patrimonial, se le requirió a la interesada, en su apartado cuarto, la aportación de declaración suscrita relativa a si por los mismos hechos se seguían otras reclamaciones civiles, penales o administrativas y, en su caso identificarlas, remitiendo copias de las mismas y estado de tramitación, y que aportase certificación de entidad bancaria de la cuenta código cliente donde realizar el pago para el supuesto de que se estimase la presente reclamación, no se ha mejorado la solicitud formulada en los términos referidos, lo cual, también, imposibilitaría a esta Administración el reconocimiento de su responsabilidad patrimonial, así como su efectivo cumplimiento, pues no consta declarada por la interesada la ausencia de otras reclamaciones por los mismos hechos, ni la cuenta bancaria donde, en su caso, habría que efectuar el ingreso de la cantidad reclamada.

#### **QUINTO.- Propuesta del instructor.**

El 21 de febrero de 2019 se emite propuesta de resolución por el instructor del expediente en la que se concluye que procede desestimar la solicitud de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, por la sanción impuesta en el expediente 4I15SA0021, por no concurrir los requisitos exigidos en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

#### **SIXTO.- Normativa aplicable.**

El presente expediente de responsabilidad patrimonial se ha tramitado de conformidad con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



Secretaría General

En su virtud, vistos los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y los preceptos legales y reglamentarios citados y demás concordantes de general aplicación, de acuerdo con la propuesta formulada por el órgano instructor y de conformidad con el Consejo Jurídico de la Región de Murcia,

### DISPONGO

**PRIMERO: Desestimar** la solicitud de responsabilidad patrimonial formulada por Don Andrés Batista Fayad, con DNI [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil TOYS R US IBERIA, S.A., con C.I.F. A79520656, con motivo de los presuntos daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, por la sanción impuesta en el expediente 4I15SA0021, por no concurrir los requisitos exigidos en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

**SEGUNDO:** Notificar la resolución a la interesada, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, comunicándole que contra la misma, que agota la vía administrativa, podrá interponer recurso de reposición con carácter potestativo, ante este mismo órgano que la ha dictado, en el plazo de un mes a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar su notificación, o bien interponer directamente recurso contencioso-administrativo, dentro del plazo de los dos meses siguientes a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin perjuicio de cualquier otro recurso que conforme a la legislación resulte procedente.

**Murcia, en la fecha indicada al margen.**

**EL CONSEJERO DE EMPLEO, UNIVERSIDADES, EMPRESA Y MEDIO AMBIENTE**

**P.D. (Orden de 4/5/2018. BORM nº 105 de 9/5/18)**

**LA SECRETARIA GENERAL**

**Fdo.: Pilar Valero Huéscar**

**(Documento firmado electrónicamente)**





Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

Sin embargo, como ya tuvo ocasión de alegar durante la tramitación de dicho expediente, entiende que la venta a pérdida *per se* no debe ser sancionada puesto que no es una conducta prohibida, salvo en los casos en los que concurran los requisitos previstos en el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

Por esa razón, argumenta que la aplicación aislada del citado artículo 14 LOCM no sólo vulneraba el ordenamiento jurídico español sino también el Derecho de la Unión Europea y, concretamente, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).

En ese mismo sentido, explica que se razonaba en aquel procedimiento que la resolución sancionadora era contraria a la doctrina establecida en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 1991 (asunto *Akzo*) y 14 de noviembre de 1996 (asunto *Tetrapack*).

A eso añade que con fecha 29 de junio de 2017, el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha confirmado esa consideración. Así, ante una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia sobre la interpretación de la citada Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, ha concluido lo siguiente:

*“La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe con carácter general proponer o realizar ventas con pérdida y que establece excepciones a tal principio basadas en criterios que no figuran en la citada Directiva”.*



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

También establece que *“El Tribunal de Justicia declaró que las prácticas consistentes en poner a la venta o vender bienes a pérdida no figuran en el anexo I de la Directiva 2005/29 y que, por consiguiente, no pueden prohibirse “en cualquier circunstancia” sino solamente a raíz de un análisis específico que permita comprobar su carácter desleal”*.

A continuación, expone que ese dictamen fue ratificado por la Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017, que declara textualmente que *“La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, (...) debe interpretarse en el sentido de que de que se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva”*.

En consecuencia, entiende que la Administración regional aplicó incorrectamente la normativa nacional y que le provocó por ello un daño importante a esa mercantil que debe ser reparado, que se concreta en la citada cantidad de 4.000 euros, que es la cantidad que dice que se abonó como consecuencia de la sanción que se ha indicado.

Apunta, asimismo, que la existencia de un conflicto entre el Derecho comunitario y la norma nacional causado por una incompatibilidad entre ambos ordenamientos debe motivar la aplicación inmediata de la norma comunitaria y la declaración de inaplicación de la norma nacional sin esperar a que sea expresamente derogada o declarada inconstitucional.

En relación con el requisito del plazo previsto en el artículo 67 de la Ley de la 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), para interponer la acción de resarcimiento, señala que se ha hecho antes de que haya vencido el plazo de un año desde la publicación de la citada Sentencia del TJUE. Advierte, de igual modo, que el daño se produjo dentro de los cinco años



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

anteriores a la publicación de la citada Sentencia y destaca que, como ha acreditado, “*las sentencias dictadas en los procedimientos sancionadores, son de fechas posteriores al 2012*”.

Junto con la solicitud de indemnización aporta una copia de la resolución dictada el 22 de junio de 2015 por la Directora General de Consumo, Comercio y Artesanía, por encargo transitorio debido a vacante en el cargo del titular de la entonces Consejería de Industria, Turismo, Empresa e Innovación. En ella se resuelve imponer a la mercantil interesada las siguientes sanciones:

1- Multa de 3.001 euros, por la infracción consistente en ofertar o realizar ventas al público con pérdida de ciertos productos que menciona.

2.- Multa de 1.000 euros, por la infracción consistente en anunciar unidades limitadas sin informar sobre el número total de las mismas en esos productos.

También acompaña una copia de las *Conclusiones* presentadas por el Abogado General del TJUE el 29 de junio de 2017 y la citada Sentencia del TJUE de 19 de octubre de ese año. Finalmente, adjunta copias de dos escrituras de apoderamiento otorgadas en su favor, a su vez, por otros apoderados debidamente facultados para ello por la empresa reclamante.

**SEGUNDO.-** La Secretaria General de la Consejería consultante, por delegación del Consejero, dicta el 12 de diciembre de 2018 un acuerdo por el que resuelve admitir a trámite la solicitud de indemnización presentada.

No obstante, dispone asimismo que quede en suspenso la tramitación del procedimiento hasta que la reclamante mejore su solicitud en los siguientes términos:

1.- Determine con exactitud la cuantía del daño alegado ya que la suma de los importes de las dos sanciones impuestas no se corresponde con la reparación económica que se solicita.



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

2.- Fundamente la exigencia de responsabilidad respecto de la segunda infracción puesto que, *a priori*, no parece guardar relación con la fundamentación que se ha expuesto acerca de la concurrencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial.

3.- Aporte una declaración sobre si por esos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas.

**TERCERO.-** A instancia del órgano instructor el 6 de noviembre de 2011, un Técnico Consultor de la Dirección General de Comercio, Consumo y Simplificación Administrativa emite un informe en el que formula las siguientes conclusiones:

*“Primera: Analizando los plazos establecidos legalmente, la reclamación se realiza en fecha 19 de octubre de 2018, dentro del plazo de un año establecido legalmente, desde la publicación de la Sentencia (19 de octubre de 2017), y se remite a una Resolución sancionadora que quedó firme en fecha 20 de febrero de 2016, dentro del plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia.*

*Así mismo, la Resolución sancionadora se dicta en fecha 14 de enero de 2016, fuera del plazo de seis años para la aplicación de la Directiva 2005/29/CE, que permitía disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que ésta contenía, venciendo dicho plazo el 12 de junio de 2013.*

*Segunda: Respecto al daño alegado, éste viene dado por la imposición de una sanción, siendo por tanto un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona, en este caso, persona jurídica.*

*Tercera: Finalmente debemos concluir que efectivamente se aplicó una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, habiéndose obtenido sentencia firme del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en ese sentido, y si bien no se cumple estrictamente el primer requisito señalado en el artículo 32.5 de la Ley 40/2015, toda vez que la*



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

*norma no tiene por objeto conferir derechos a los particulares, sino una prohibición de conducta comercial (la venta con pérdida, que pretendió establecer unas reglas de juego en el sector de la distribución y regular nuevas fórmulas contractuales, aspirando también, a ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia), sí queda constatado el incumplimiento suficientemente caracterizado, y la relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por el particular, al imponerle una sanción.*

*Cuarta: Sin embargo no se puede estar conforme a la cantidad solicitada de 4.000€ para su devolución, toda vez que la sanción impuesta por la infracción de venta con pérdida, que fue aplicada por una norma contraria a la normativa europea, fue de 3.001€, habiendo impuesto otra sanción de 1.000€ por otra infracción en materia de comercio. Por lo que procedería en su caso una devolución de 3.001€”.*

**CUARTO.-** El 1 de febrero de 2019 se concede audiencia a la mercantil interesada para que pueda formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes pero no consta que haya hecho uso de ese derecho.

**QUINTO.-** Con fecha 21 de febrero de 2019 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial administrativa.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 11 de marzo de 2019.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en los artículos 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Acerca de esta cuestión conviene destacar que en el Fundamento de Derecho sexto de la propuesta de resolución se pone de manifiesto que no resulta preceptiva la emisión de Dictamen por parte de este Órgano consultivo porque la cuantía de la indemnización reclamada es inferior a los 50.000 euros a los que se refiere el referido artículo 81.2 LPACAP.

Sin embargo, resulta necesario hacer una remisión a lo que se señala en la Memoria del Consejo Jurídico de la Región de Murcia correspondiente al año 2011. En ella se alude a la modificación del artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se llevó a efecto por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo un límite cuantitativo a las pretensiones indemnizatorias como criterio determinante de la preceptividad del dictamen de los órganos consultivos, en términos sustancialmente idénticos a los que ahora se recogen en el artículo 81.2 LPACAP ya citado.

Se señalaba allí la compatibilidad entre la normativa básica del procedimiento administrativo común y el artículo 12.9 LCJ, con la consecuencia, en lo que aquí interesa, de mantener la preceptividad de la consulta a este Consejo Jurídico en los supuestos de procedimientos de responsabilidad patrimonial que se formulen ante la Administración regional, con independencia de su cuantía.



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

## SEGUNDA.- Plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento y legitimación.

I. En relación con el análisis del requisito temporal de la reclamación, se debe anticipar que el artículo 32.5 LRJSP contempla la posibilidad de que se reclame por la producción de una lesión que sea consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea. A eso añade el apartado 6 de ese artículo que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el “*Diario Oficial de la Unión Europea*” (DOUE), salvo que en ella se establezca otra cosa.

En los mismos términos, el artículo 67.1, tercer párrafo, LPACAP establece que en ese caso el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el DOUE de la sentencia que declare su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

En este caso, la publicación oficial de la citada resolución se llevó a efecto el 11 de diciembre de 2017 (DOUE C 424/10) y no cabe duda, en consecuencia, de que la interposición de la acción de resarcimiento por vía telemática el 23 de noviembre de 2018 se produjo dentro del plazo establecido al efecto y, por ello, de forma temporánea.

Acerca de este mismo elemento temporal hay que destacar que, en orden al reconocimiento de una posible indemnización, el artículo 34.1 LRJSP, párrafo segundo, dispone que en el caso de responsabilidad patrimonial al que se refiere artículo 32.5 de la misma Ley, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa -lo que no se ha producido en esta ocasión-.

Ya se ha puesto de manifiesto que la sentencia del TJUE se publicó el 11 de diciembre de 2017 por lo que sólo serían indemnizables los posibles daños que se hubiesen causado con posterioridad al 11 de



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

diciembre de 2012. También en este supuesto se da cumplimiento a esta exigencia dado que la sanción por la que se reclama se impuso definitivamente, en vía administrativa, por orden del Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo de 14 de enero de 2016 (folio 129 del expediente administrativo).

II. La mercantil reclamante goza de la condición de interesada en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la lesión patrimonial que le produce haber sido sancionada por la comisión de la infracción que se ha puesto de manifiesto. En consecuencia, se le debe reconocer legitimación activa para instar dicho resarcimiento económico al amparo de lo establecido en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

II. La expresa invocación por la reclamante de la regulación contenida en la LRJSP acerca de la responsabilidad del Estado legislador obliga a analizar la imputabilidad de la ahora pretendida, para determinar si corresponde atribuirle a la actuación de la Administración regional o si, por el contrario, la responsabilidad correspondería al Estado.

A tal efecto, ha de partirse del hecho de que nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial no ocasionada por una eventual nulidad o anulabilidad de la resolución sancionadora que impuso la multa citada -cuyo importe ahora se reclama-, pues no consta que se interpusiese el recurso contencioso-administrativo correspondiente.

Conviene aclarar desde este momento inicial, aunque sea brevemente, que pese a que la interesada solicita en su escrito -parece que por error, puesto que la suma sería de 4.001 euros- un resarcimiento de 4.000 euros por habersele impuesto dos multas de 3.001 y 1.000 euros, respectivamente, sólo se va a hacer alusión aquí a la primera de ellas, dado que en realidad es la que interesa y la que guarda relación con la discusión que aquí se ventila.

Así pues, de manera contraria, el fundamento de la reclamación lo sitúa la actora en la incorrecta aplicación por parte de la Administración



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

regional del artículo 14 LOCM, al considerar que éste no se adecua a las disposiciones contenidas en la Directiva 2005/29/CE, lo que en atención al principio de primacía del Derecho comunitario habría determinado el carácter no sancionable de la conducta que motivó la imposición de la multa mencionada.

Resulta necesario recordar que el controvertido precepto legal se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de derecho mercantil de la competencia, resultante de la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 149.1 de la Constitución. En la actualidad, el artículo 14 LOCM ha sido modificado por el Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España, para adecuar su regulación a la establecida en la Directiva 2005/29/CE y de acuerdo con la interpretación que de la misma establece el TJUE en la sentencia a la que ya se hizo mención. Es de resaltar que, junto a este artículo de la Ley estatal, no se invoca en la reclamación precepto autonómico alguno cuyo aplicación hubiera dado lugar a la imposición de las multas controvertidas, de donde se deduce que aquéllas derivaron en exclusiva de la regulación contenida en el artículo 14 LOCM en relación con el 17 LCD, otra norma de emanación también estatal.

A tal efecto, la jurisprudencia viene estableciendo como título de imputación de la responsabilidad derivada de los actos legislativos la de autoría o dictado de la norma a la que se vincula el daño. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 27 de diciembre de 2001 -luego confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2006-, al resolver sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial por las cantidades abonadas por una mercantil a la Administración tributaria valenciana en concepto de gravamen complementario del juego, procede a delimitar si se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial imputable a la Generalidad Valenciana o si, por el contrario, aquella responsabilidad ha de corresponder al autor de la norma con la que se vincula dicho gravamen, es decir, el Estado. Y lo hace en los siguientes términos:



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

*“Entiende la Sala de instancia que si bien es cierto que contra la Generalidad Valenciana sería plenamente deducible la pretensión de devolución de ingresos indebidos, la pretensión de responsabilidad patrimonial debe deducirse ante la Administración del Estado, pues al ser una ley estatal la declarada inconstitucional, es la Administración del Estado la que debe pechar con el resarcimiento de los daños y perjuicios. En este sentido invoca la doctrina de esta Sala, concretamente la establecida en la sentencia de 13 de junio de 2000, por la que "el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El Estado, en su vertiente de legislador responsable de los perjuicios causados a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la ley declarada inconstitucional y, mientras la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado, la Administración gestora en el ámbito tributario puede haber sido la autonómica, como en el caso examinado, u otra de distinto carácter.*

*Por consiguiente, sigue razonando el Tribunal de instancia, no cabe apreciar la imputación de la responsabilidad por actos legislativos del Estado a la Administración autonómica, pudiendo la parte actora -si a su interés compete- dirigirse contra la Administración del Estado...”*

Si bien el supuesto de la sentencia citada era el de responsabilidad del Estado legislador derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, lo cierto es que el criterio de imputación del daño al autor de la norma también resulta perfectamente trasladable al supuesto de la responsabilidad derivada de la aplicación de una disposición legal contraria al Derecho de la Unión Europea, como así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016, en la que se afirma:

*“La relación de causalidad es exclusiva toda vez que el daño ocasionado al recurrente deriva de la aplicación de una ley estatal, la Ley*



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

*24/2001, de 27 de diciembre, (...) que alumbra el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos.*

*No se trata de determinar, a los efectos que ahora enjuicamos, qué Administración o Administraciones se han beneficiado de los rendimientos de dicho impuesto, sino qué Administración o Administraciones son responsables de su implantación. Y si bien es cierto que la configuración del impuesto permite que junto al tipo estatal, se aprueben tipos impositivos adicionales por las Comunidades Autónomas, y así lo hicieron algunas, lo cierto es que es la citada Ley 24/2001 la que establece un diseño y estructura del impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea. Es el artículo 9 de la Ley 24/2001 el que trasgrede el artículo 3.2 de la Directiva de impuestos especiales armonizados, dando lugar al ingreso de cantidades económicas por la aplicación de un impuesto, cuya invalidez ha sido declarada. Manteniéndose en vigor durante más de diez años, sin que fuera derogado por quién tenía la competencia para hacerlo.*

*Téngase en cuenta, por lo demás, que estamos enjuiciando la legalidad de una denegación de reclamación por responsabilidad patrimonial y no de una devolución de ingresos indebidos, pues ésta última, efectivamente, se presenta ante la Administración que ha recibido el ingreso indebido, mientras que en el caso de la responsabilidad patrimonial ante la Administración autora de la actuación que causa el daño que debe ser reparado.*

*Acorde con lo expuesto, por tanto, no estamos ante un supuesto de gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación, o de concurrencia de Administraciones en la producción del daño, previstos en artículo 140 de la Ley 30/1992. El daño tiene su origen exclusivo en la Ley 24/2001, que configura un impuesto que vulnera el Derecho comunitario y permite la creación de tipos adicionales por las Comunidades Autónomas. Lo relevante, en definitiva, es la concurrencia de los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial, determinando la acción que, de modo exclusivo, produce la lesión que debe ser indemnizada. Dicho de otro modo, la condición necesaria para ocasionar el perjuicio económico padecido por la parte recurrente es la Ley 24/2001, sin dicha actuación no*



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

*se hubiera producido, en ninguna de las cantidades abonadas. Y ello no sucede con las leyes autonómicas que se dictaron, por algunas Comunidades Autónomas, al amparo de la citada Ley estatal".*

Adviértase cómo la jurisprudencia vincula la responsabilidad por la aplicación del acto legislativo contrario al Derecho Comunitario no a la Administración ejecutora o aplicadora de la norma, sino a aquél ente público dotado de poder normativo que la dicta y aprueba, en la consideración de que el daño no nace de la mera actividad ejecutiva. Ésta es, si se quiere, una actuación debida o necesaria para la Administración que ejerce sus competencias al amparo del ordenamiento, pero es el conformador del Derecho, el legislador, el responsable último del diseño del sistema jurídico y de las instituciones que están en la base del daño. Y ello, incluso, aun cuando la potestad normativa corresponda también a otras entidades territoriales, a las cuales, sin embargo, no cabe considerar como responsables del daño cuando la regulación de ellas emanada no hace sino reproducir, desarrollándolo y concretándolo, el esquema o diseño de la regulación estatal.

Así, también, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 marzo de 2019, que en un proceso en el que se ventila la responsabilidad patrimonial exigida al Estado por la aplicación de una Ley estatal que ha sido declarada contraria al Derecho Comunitario por el TJUE, se rechaza la alegación de litisconsorcio pasivo necesario de la Comunidad Autónoma de Cataluña con base en el siguiente razonamiento:

*“La circunstancia de que las Comunidades Autónomas al amparo del artículo 48 de la citada Ley 22/2009 (...), hayan asumido competencias normativas sobre reducciones de la base imponible, tarifa del impuesto, cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente y deducciones y bonificaciones de la cuota, no permite considerar que la diferencia de trato que contempla la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga origen en la normativa autonómica y, en consecuencia, [sea] imputable a la Administración de cada Comunidad.*

*La diferencia de trato que observa la sentencia deriva de la*



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

*regulación que la Ley estatal 22/1999 ofrece de los puntos de conexión en el artículo 32, sin que por ello apreciase responsabilidad alguna por las Comunidades autónomas.*

*Los fundamentos jurídicos 62 y 63 de la sentencia del Tribunal de Justicia que hemos transcrito revelan que es el criterio de conexión de la legislación española la que da origen al trato diferenciado que se declara disconforme con el derecho europeo”.*

A la luz de tales consideraciones, no cabe sino concluir que la mera aplicación del artículo 14 LOCM no puede llevar a imputar el daño que se reclama a la Administración regional sino, en su caso, al Estado, como autor del acto legislativo del que deriva el daño y que se aparta de lo establecido en el Derecho de la Unión Europea.

**TERCERA.- Procedimiento seguido y órgano competente para resolver.**

I. No se advierten carencias esenciales en la instrucción del procedimiento, constando la realización de los trámites preceptivos como el informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño y el trámite de audiencia a la mercantil reclamante, así como la solicitud del presente Dictamen, a pesar de que se haya calificado en la propuesta de resolución como no preceptivo.

II. Cuando de reclamaciones por actos legislativos se trata, la competencia para resolver recae en el máximo órgano de gobierno de la Administración reclamada, en este caso, el Consejo de Gobierno, como se deduce del artículo 92 LPACAP, en relación con el 32.3 LRJSP, y de la jurisprudencia anterior a este precepto que, de forma consolidada, venía residenciando dicha competencia resolutoria ora en el Consejo de Ministros ora en el respectivo superior órgano ejecutivo de la correspondiente Administración.

El Tribunal Supremo ha manifestado -entre otras en sus Sentencias de 15 de julio de 1987 y de 8 de enero de 1998, y en el Auto de 19 de junio



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

de 2003- que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial derivados de un acto legislativo, corresponde la competencia de su resolución al Consejo de Ministros, *“al encarnar (...) la unidad de la Administración y ser partícipe y ostentar la máxima representación del poder ejecutivo del Estado”*, y *“(...) por tratarse de una responsabilidad resultante, no de la actividad de la Administración, sino de acto legislativo no atribuible a ningún departamento ministerial”*.

Del mismo modo, en Sentencias de 16 de diciembre de 2004 o de 17 de diciembre de 2010, reafirmaba que *“sólo el Consejo de Ministros puede pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad del Estado legislador y sus pronunciamientos sólo pueden ser objeto de revisión jurisdiccional por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo ya que la presunta privación de derechos económicos por un acto legislativo, sin concreción, por tanto, en ningún departamento ministerial, corresponde enjuiciarla al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se le atribuye la función ejecutiva conforme al artículo 97 de la Constitución que, al no venir radicada en este caso en una rama determinada de la Administración, corresponde al titular de dicha gestión administrativa, es decir, al Estado en su conjunto y totalidad”*.

Así lo ha venido admitiendo igualmente sin fisuras el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes al afirmar la competencia del Consejo de Ministros en estos casos. En este sentido, expresa en el Dictamen núm. 5114/1997, de 23 de octubre, que *“el órgano competente para resolver este tipo de reclamaciones es el Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se atribuye la función ejecutiva (artículo 97 de la Constitución). Al imputarse los eventuales daños y perjuicios al Estado legislador tal circunstancia hace parcialmente inaplicables las reglas generales de orden competencial y procedimental, sin perjuicio de las facultades de instrucción del expediente en cuestión, que corresponderá, en cada caso, al departamento ministerial que tenga atribuida la competencia sobre las materias más afines al fondo del asunto”*. En análogo sentido, cabe citar los Dictámenes núms. 26/2013 y 602/2014.



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

Aplicando esta doctrina al ámbito autonómico hay que concluir que la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial sustanciado, fundado en la aplicación de actos legislativos, corresponde al máximo órgano ejecutivo autonómico, esto es, al Consejo de Gobierno, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, y no a la Consejería consultante, por más que ésta sí que sea la competente para su tramitación, dado que se trata de la aplicación de un precepto afectante al comercio interior. En el mismo sentido, nos pronunciamos en el Dictamen núm. 32/2016 de este Consejo Jurídico.

También han expresado su parecer consonante con la interpretación aquí defendida los órganos consultivos de otras Comunidades Autónomas. Así, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en su Dictamen núm. 428/2013, alcanza la conclusión de que la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial sustanciado, fundado en la aplicación de actos legislativos, corresponde al máximo órgano ejecutivo autonómico.

De igual modo, el Dictamen núm. 53/2003 de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, que considera siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo que debe ser el Gobierno, órgano superior de la Administración titular de la función ejecutiva, el que resuelva la petición, aunque también señala que la instrucción debe ser realizada por un departamento para cuya selección cabe aplicar el criterio del competente por razón de la materia que aborde la Ley, cuya inconstitucionalidad ampara la pretensión indemnizatoria.

Asimismo, el Consejo Consultivo de Baleares, en su Dictamen núm. 69/2001, sostiene que al derivarse la reclamación de la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo del Parlamento autonómico la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial corresponde al *Consell de Govern* de las Islas Baleares, como máximo órgano de la Comunidad.



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

**CUARTA.- De los requisitos para la declaración de responsabilidad por la aplicación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea: falta de acreditación de su concurrencia.**

I. Sin perjuicio de que la ausencia de legitimación pasiva de la Administración regional ya sería suficiente por sí misma para desestimar la reclamación formulada, procede efectuar a continuación un breve y sintético repaso por los requisitos que el artículo 32.5 LRJSP exige para declarar la responsabilidad por la aplicación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, lo que permite advertir que algunos de ellos tampoco concurren en el supuesto sometido a consulta, fundamentando aún más la resolución desestimatoria de la reclamación que habrá de dictarse.

En efecto, de conformidad con el precepto citado, para que la lesión derivada de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea sea indemnizable, el particular debe haber obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho comunitario posteriormente declarada. Además, habrán de cumplirse los siguientes requisitos: a) la norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) el incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; y c) ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Ya antes de su positivización en la LRJSP, la jurisprudencia había ido perfilando estos requisitos como de necesaria concurrencia para declarar la responsabilidad de los Estados Miembros por el incumplimiento del Derecho europeo. Así, habían sido establecidos como sigue: a) que la norma europea violada pudiera considerarse una norma atributiva de derechos a los particulares; b) que la violación fuera suficientemente caracterizada, y c) que hubiera una relación de causalidad directa entre los daños sufridos y aquella violación (sentencias del TJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, y de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier*, entre otras).



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

Lo que haya de entenderse por violación del Derecho de la Unión Europea suficientemente caracterizada lo resume la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de marzo de 2019, sintetizando la jurisprudencia europea, en los siguientes términos: “...para atribuir el calificativo de suficientemente caracterizada o lo que es lo mismo, si la infracción debe reputarse como manifiesta y grave, ha de tenerse en cuenta una reiterada jurisprudencia que si bien reconoce que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de ese requisito, ha venido estableciendo pautas orientativas, entre las que cabe citar las siguientes: a) el grado o nivel de claridad o precisión de la norma vulnerada, b) el mayor o menor margen de apreciación de que disponga el estado miembro respecto a la norma vulnerada, c) el carácter intencionado o involuntario de la infracción o del perjuicio, d) la naturaleza excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, e) la hipotética contribución de una institución comunitaria en la comisión de la infracción, y f) el mantenimiento en el tiempo de medidas contrarias al derecho comunitario (SSTJUE de 5 de marzo de 1996, caso *Brasserie du Pêcheur S.A.*, de 26 de marzo de 1996, ya citada, o los casos *Dillenkofer*, de 8 de octubre de 1996 y *British Telecommunications*, y las de esta Sala de 12 de junio de 2003 -recurso 46/1998- y 18 de enero de 2016 -recurso 194/2015-, entre otras)”.

La Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (Dictamen núm. 211/2015), por su parte, siguiendo la doctrina ya señalada y en atención a los principios de equivalencia y efectividad (Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010, caso *Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L.*), pone de relieve que “la responsabilidad por infracción de derecho europeo no podría resultar menos favorable que la aplicación de los criterios internos de responsabilidad patrimonial por anulación de actos administrativos, que es el supuesto con el que guarda una analogía sustancial. Y, en este sentido, la doctrina de esta Comisión, coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exige el requisito de que se produzca una desatención normativa flagrante o un apartamiento manifiesto de la legalidad. Es decir, que se haya incurrido -como dice la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 26 de enero de 2006, *Medici Grimm*- “en una irregularidad que no habría cometido una





Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

En cualquier caso, el nulo esfuerzo argumentativo de la reclamante en relación con la concurrencia de este requisito no parece exigir un mayor razonamiento por nuestra parte, sin perjuicio de advertir que la propuesta de resolución incurre en el error de considerar que la norma que ha de otorgar derechos a los particulares sería la legislación nacional, en este caso el artículo 14 LOCM, y no la europea, lo que habría de ser corregido.

3. Otro tanto cabría decir de la exigencia relativa a que la infracción del Derecho europeo sea suficientemente caracterizada. En efecto, la reclamante guarda silencio a la hora de acreditar o justificar la concurrencia de este requisito central en el esquema de la responsabilidad derivada de la aplicación de una normativa contraria al Derecho de la Unión Europea. De hecho, ni siquiera llega a alegar que se haya producido, pues cuando subsume los hechos del caso en la regulación contenida en el artículo 32.5 LRJSP, afirma que concurren los requisitos a su entender allí exigidos y que identifica con los siguientes: a) la existencia de una lesión; b) que se haya aplicado de forma contraria al Derecho Europeo una normativa nacional, para lo que se limita a remitir a lo señalado en la STJUE de 19 de octubre de 2017, c) que el daño se haya producido en los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia europea y d) que la reclamación se presente en el plazo de un año desde que se haya publicado la Sentencia del TJUE que declaró la oposición del artículo 14 LOCM a la regulación contenida en la Directiva 2005/29/CE.

En consecuencia, la falta de alegación y razonamiento acerca de la concurrencia de tal requisito de la responsabilidad patrimonial instada, impide que se pueda declarar tampoco el cumplimiento de ese último requisito. Así pues, se debe concluir que no existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por la empresa interesada, lo que debe conducir a la desestimación de la reclamación formulada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en tanto que advierte la ausencia de legitimación pasiva de la Administración regional (Consideración segunda de este Dictamen) y no aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial, según lo razonado en la Consideración cuarta.

**SEGUNDA.-** Se advierte, asimismo, que el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería consultante, de acuerdo con lo que se indica en la Consideración tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

EL LETRADO-SECRETARIO GENERAL  
(Fecha y firma electrónica al margen)

Vº Bº EL PRESIDENTE  
(en funciones)  
(Fecha y firma electrónica al margen)