

Dictamen n^o: **514/13**
Consulta: **Alcalde de Fuenlabrada**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.10.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de octubre de 2013 emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Fuenlabrada, al amparo del artículo 13.1, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por la entidad A, en adelante “*la reclamante*”, por los perjuicios derivados de la liquidación de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general correspondientes a los ejercicios de los años 2004, 2005 y 2006.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de marzo de 2013, la reclamante presentó en una oficina de Correos una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Fuenlabrada.

En dicha reclamación se solicita la devolución de la citada tasa correspondiente a las mencionadas liquidaciones. Según expone, tuvo que abonar el 1 de octubre de 2008 a raíz de la providencia de apremio notificada el 23 de junio de 2008 1.172.664,39 euros como consecuencia de las citadas liquidaciones que le habían sido notificadas el 24 de mayo de 2007 por un importe de 1.066.058,54 euros, cantidad a la que se añadieron 106.605,85 euros de recargo de apremio.

Considera la reclamante que el abono de dicha tasa fue ilegal toda vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 12 de julio de 2012 ha declarado que el cobro de una tasa por ocupación de dominio público a operadoras de telefonía móvil que no son titulares de las redes y que solo tienen derechos de uso, acceso o interconexión sobre ellas vulnera lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002.

Por ello, al haber abonado una tasa que el Tribunal de Justicia ha considerado contraria al derecho comunitario, considera que se le ha originado un daño antijurídico ya que no tenía que haber abonado dicho importe. Solicita por ello la devolución de la cantidad abonada en su día (tanto el principal como el recargo de apremio) con los intereses de demora correspondientes.

Aporta diversa documentación entre la cual figura un informe pericial emitido por un ingeniero superior de telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Del expediente administrativo pueden considerarse acreditados los siguientes hechos:

El 22 de agosto de 2007 el Ayuntamiento de Fuenlabrada notificó a la reclamante la liquidación provisional de la tasa por aprovechamiento del dominio público de los ejercicios 2004, 2005 y 2006 por un importe de 1.066.058, 54 euros.

En la citada liquidación se hacía constar que contra la misma cabía interponer en el plazo de un mes recurso de reposición potestativo previo a la vía económico administrativa o bien directamente reclamación económico administrativa.

La reclamante recurrió en reposición la citada liquidación siendo inadmitido el recurso por extemporáneo. Frente a esa resolución se

interpuso reclamación económica administrativa ante el Tribunal Económico Administrativo de Fuenlabrada que acordó su inadmisibilidad al plantearse frente a un acto firme y consentido.

La reclamante interpuso recurso contencioso administrativo que fue desestimado por sentencia de 29 de septiembre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Madrid nº 13 confirmando los actos administrativos.

El 12 de julio de 2012 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicta sentencia resolviendo las cuestiones prejudiciales (C-55/11, C-57/11 y C-58/11) planteadas por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia considera que:

“1) El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

2) El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo”.

A raíz de esa sentencia el Tribunal Supremo dicta la sentencia de 10 de octubre de 2012 (recurso 4307/2009) anulando una ordenanza fiscal similar a la del caso sometido a dictamen en cuanto al inciso “*con independencia de quien sea el titular de aquéllas [redes que ocupan el*

dominio público]” y el artículo que atribuía “la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas o entidades que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas”.

Esta misma doctrina se recoge en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2013 (recurso 2783/2010) que estima un recurso de casación interpuesto por otra operadora de telefonía móvil contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de febrero de 2010 que anulaba los artículos 5 y 6 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Coslada.

TERCERO.- Ante la reclamación, el Ayuntamiento de Fuenlabrada en fecha 16 de abril de 2013, ordenó el inicio del procedimiento de Responsabilidad Patrimonial.

Por escrito de 26 de abril de 2013, notificado el 6 de mayo, se solicita a la reclamante que aporte copia de los documentos acreditativos del “*alquiler de circuitos*” mencionado en el informe pericial.

Igualmente, por escrito de 6 de mayo, notificado el día 9, se requiere a la reclamante para que acredite el tratamiento fiscal dado a la cantidad abonada en concepto de tasa.

El 14 de mayo de 2013 el representante de la reclamante presenta un escrito en el que solicita ampliación del plazo para aportar la documentación requerida. El 27 de mayo se notifica la ampliación del plazo en cinco días.

El 30 de mayo de 2013 la reclamante presenta un escrito con el que aporta el contrato requerido.

Con fecha 10 de junio de 2013 se emite informe de los Servicios Jurídicos Municipales en el que se considera que la tasa se estableció de

conformidad con la normativa estatal (Ley General de Telecomunicaciones y Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local) reconociendo el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de noviembre de 2012 que sería necesario que el legislador estatal modificase el citado Texto Refundido.

Considera ese informe que no se dan los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración al no existir una violación suficientemente caracterizada del derecho europeo como se puede extraer de la propia sentencia del Tribunal de Justicia.

Entiende que esa falta de caracterización en cuanto a la violación se ve confirmada por el hecho de que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Barcelona haya planteado cuestión prejudicial indicando que acompaña el Auto de planteamiento si bien no obra en el expediente remitido a este Consejo.

Discrepa en cuanto a la cuantía reclamada ya que considera que no cabe reclamar el recargo de apremio puesto que la empresa podía haber abonado la cantidad reclamada en periodo voluntario e igualmente entiende que debería tenerse en cuenta el carácter gasto deducible de la tasa en el impuesto de sociedades.

Se ha dado trámite de audiencia a la reclamante que presentó alegaciones en fecha 1 de julio de 2013 en las que se ratifica en su reclamación.

Alega que la normativa estatal no obliga al Ayuntamiento de Fuenlabrada a aprobar la tasa y que, en todo caso, ello solo tendría como consecuencia una eventual responsabilidad solidaria de la Administración General del Estado por lo que debería dársele audiencia.

Considera que concurre el requisito de la violación suficientemente caracterizada apoyándose en la sentencia del Tribunal de Justicia.

Por último se ratifica en la cantidad reclamada como indemnización.

El 15 de julio de 2013 se concedió trámite de audiencia a la Administración General del Estado a través de la Secretaría de Estado para las Telecomunicaciones.

No consta que se hayan presentado alegaciones.

En ese trámite del procedimiento fue remitido a este Consejo para dictamen.

Al no constar la preceptiva propuesta de resolución se requirió al Ayuntamiento de Fuenlabrada para que completase el expediente, remitiéndose una propuesta de resolución que tuvo entrada en este Consejo el 9 de octubre de 2013, momento en el que se reanudó el plazo para emitir el presente Dictamen.

En la citada propuesta de resolución se propone desestimar la reclamación asumiendo el contenido del informe de los Servicios Jurídicos Municipales.

CUARTO.- El alcalde de Fuenlabrada solicita la emisión del preceptivo informe el 26 de agosto de 2013 a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, que mediante Orden de 9 de septiembre de 2013, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 16 de dicho mes, procede a remitir la consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de octubre de 2013.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 euros y a solicitud del alcalde de Fuenlabrada, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la LCC.

El dictamen es evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular reclamación que le indemnice por los daños padecidos a raíz de la liquidación de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJ-PAC.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Fuenlabrada en cuanto Administración autora de los actos administrativos que supuestamente ocasionaron el daño a la reclamante.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En*

caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”.

En las reclamaciones derivadas de la declaración como contrarias al derecho comunitario de actuaciones de la Administración este Consejo viene indicando que el plazo de un año ha de computarse desde la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara tal contravención. Así el Dictamen 571/11, de 19 de octubre recuerda que frente a anteriores líneas jurisprudenciales:

“Con mayor rigor respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. Sentencia de 21 de octubre de 2009 (Recurso 679/2008) que considera con base en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 que los plazos para reclamar responsabilidad patrimonial derivada de una sentencia han de comenzar desde que los interesados pueden efectivamente conocerla), el Dictamen del Consejo de Estado n° 339/2011, de 5 de mayo de 2011 fija como dies a quo el de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Sentencia del Tribunal de Justicia que declaró el incumplimiento del Derecho Comunitario por parte del Reino de España, lo cual, en el caso que nos ocupa, tuvo lugar el 1 de mayo de 2009”.

En el presente caso la sentencia del Tribunal de Justicia se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2012, por lo que la interposición el 14 de marzo de 2013 lo fue en plazo.

Por lo que se refiere al procedimiento administrativo aplicable, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local se remite a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), artículos 139 y siguientes, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

Como se ha manifestado anteriormente, el procedimiento se ha tramitado correctamente, habiéndose solicitado la emisión de informe por parte del servicio afectado conforme el artículo 10.1 del RPRP. Si bien dicho informe no ha sido emitido por los servicios tributarios sino por los Servicios Jurídicos puede considerarse cumplimentado dicho trámite en cuanto permite conocer la posición de los servicios municipales respecto a la reclamación planteada.

TERCERA.- Sin perjuicio de lo anteriormente indicado en cuanto a la prescripción del derecho a reclamar, ha de destacarse que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJP-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

CUARTA.- La presente reclamación se basa en la declaración como contraria al derecho comunitario de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público que numerosos municipios españoles venían exigiendo a las empresas de telefonía móvil aunque las mismas no fueran las titulares de las instalaciones que ocupaban el dominio público por parte de la sentencia de 12 de julio de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo.

Sobre la presente cuestión ya se ha pronunciado este Consejo, a propósito de una reclamación planteada frente a otro ayuntamiento por la reclamante, en el reciente Dictamen 414/13, de 25 de septiembre, cuyos pronunciamientos se reiteran sin perjuicio de atender a las peculiaridades de la presente reclamación.

Como decíamos en el citado Dictamen 414/13, la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho Comunitario está plenamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias como las de 25 de julio de 1991 Factortame, 5 de marzo de 1996 Brasserie du Pêcheur, 1 de junio de 1999 Konle y 13 de junio de 2006 Traghetti, entre otras.

En todas ellas se recoge como idea central el que los Estados están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho Comunitario.

El propio Tribunal ha establecido que la declaración de incumplimiento obliga al Estado a suprimir con efectos retroactivos las consecuencias de la infracción (sentencias de 9 de noviembre de 1983 San Giorgio, 2 de febrero de 1988 Barra y 6 de julio de 1995 BP Soupergaz) alcanzado esta

obligación retroactiva a las sentencias dictadas en cuestiones prejudiciales (sentencias de 27 de marzo de 1980 Denkavit, 10 de febrero de 2000 Deutsche Telekom y 13 de enero de 2004 Kühne & Heitz).

Debe recordarse, además, que la responsabilidad de la Unión aparece recogida como un derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo artículo 41 contempla el derecho a una buena administración, disponiendo su apartado tercero: *“Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”*.

A este respecto la firmeza del acto que se considera como causante del daño no puede considerarse como un obstáculo para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado como resulta de las sentencias Kühne & Heitz ya citada y la de 19 de septiembre de 2006 Germany y Arcor, añadiendo la sentencia de 12 de febrero de 2008 Willy Kempter KG que no es necesario que el particular haya invocado en su momento la incompatibilidad entre el derecho nacional y el comunitario.

Esta doctrina ha sido acogida por el Tribunal Supremo que en su sentencia de 23 de diciembre de 2010 (recurso 535/2007) establece, tras analizar la controvertida aplicación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y, por ende, del artículo 161 de la Constitución que *“En definitiva, aunque los actos administrativos sean firmes -en este caso las liquidaciones tributarias relativas al IVA- ello no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador”*.

QUINTA.- A la hora de establecer la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia ha exigido

tres requisitos: que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva; y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

El segundo requisito es lo que se ha denominado una “violación suficientemente caracterizada” del Derecho Comunitario. El Tribunal de Justicia en la sentencia *Brasserie du Pêcheur* ofrece como criterios para determinar esa concepto: a) el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, b) la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, c) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, d) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y e) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución de la Unión hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión Europea (aptdo. 56).

Para el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 26 de enero de 2006 *Medici Frimm* ese concepto supone “*una irregularidad que, en circunstancias análogas, no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente*”.

A la hora de establecer si ha existido en este caso una vulneración suficientemente caracterizada debemos tener en cuenta distintas circunstancias.

En primer lugar y a diferencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2005 (C-204/03) que, a propósito de la regla de la prorrata en el IVA ha generado múltiples sentencias que reconocen la

responsabilidad patrimonial del Estado y en la cual el propio Tribunal reconocía la eficacia retroactiva desestimando la petición del Gobierno español toda vez que considera que no existía incertidumbre en la aplicación de la Directiva (apartado 30).

En este caso el Tribunal no efectúa tal afirmación y en ningún momento de la sentencia se pronuncia en términos tales que permitan entender que la vulneración de la Directiva era patente y manifiesta.

La sentencia de 12 de julio de 2012 reconoce (apartado 30) que el órgano judicial planteante de la cuestión (Tribunal Supremo) “(...) *parece partir de la idea de que las tasas controvertidas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12 de dicha Directiva ni en el concepto de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números en el sentido del artículo 13 de la misma*”, por lo que implícitamente el Tribunal Supremo, juez nacional pero que al mismo tiempo es el juez natural del derecho comunitario como ya remarcó la sentencia de 9 de marzo de 1976 Simmenthal, no solo tenía dudas sobre la interpretación de la Directiva sino que consideraba que la tasa era conforme a la normativa comunitaria si bien planteó la cuestión prejudicial puesto que se trata de un tribunal cuyas decisiones no admiten recurso ulterior y en todo caso no aplicó la doctrina del “acto claro” sentencia de 6 de octubre de 1982 Cilfit.

A las dudas del Tribunal Supremo español se ha de sumar el que el propio Tribunal de Justicia reconoce que “(...) *en la Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación*” (apartado 31).

Continúa el Tribunal afirmando que de las conclusiones de la Abogada General los términos “recursos” e “instalación” hacen referencia a las

infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en propiedades públicas o privadas.

La propia Abogada General cuyas conclusiones han sido tan determinantes de la sentencia reconoce (apartados 49 y siguientes) al analizar si la utilización de recursos pertenecientes a otra empresa constituye un hecho que pueda dar lugar a la imposición de un canon (aspecto esencial de la cuestión prejudicial) que ella “consider[*a*] que no”. Y añade:

“En mi opinión, la instalación de recursos implica el establecimiento de infraestructuras dotadas de una existencia material cuya utilización permita el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. A los efectos del artículo 13, la obligación de pagar el canon incumbe a la empresa que ostente el derecho a instalar tales recursos, con independencia de quién sea el titular de los mismos.

52. *A falta de una definición específica en la Directiva pertinente, al concepto de «recursos» debe atribuírsele en mi opinión su significado ordinario de medios o equipamiento materiales necesarios para hacer algo. En el ámbito de las telecomunicaciones, significa el equipamiento necesario para hacer posible la transmisión y recepción de información a distancia. E «instalar» tal equipamiento únicamente puede significar colocarlo físicamente de forma que pueda servir a esos fines durante un tiempo determinado.*

53. *Confirma esta interpretación el artículo 2, letra e), de la Directiva marco, que define los «recursos asociados» como «recursos asociados con una red de comunicaciones electrónicas y/o con un servicio de*

comunicaciones electrónicas que permitan y/o apoyen el suministro de servicios a través de dicha red o servicio» (...).”

54. La lectura del artículo 13 conjuntamente con estas definiciones de las demás Directivas conexas sugiere, por lo tanto, que el término «recursos» únicamente puede interpretarse en el sentido de que designa las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

55. El objeto y el fin del artículo 13 corroboran esta interpretación”.

Estas citas de las conclusiones de la Abogada General permiten entender que su interpretación, por más que fuera razonable y que, de hecho, fuera asumida por el Tribunal no deja de exigir un esfuerzo interpretativo de unas directivas no excesivamente claras a lo que se ha de unir el que, posteriormente la Abogada General realice alguna afirmación discutible como:

“A diferencia del Ayuntamiento de Tudela, no admito que, como regla general, el suelo público sea menos escaso que los números o las radiofrecuencias. Como tampoco admito que el artículo 13 proporcione una base para imponer una tasa a todos los beneficiarios de los recursos instalados en ese suelo.

59. También discrepo del Gobierno español en cuanto a que el uso hecho por un operador de telefonía móvil de los recursos de otra empresa afecte a la disponibilidad de los «derechos de paso» del mismo modo que su instalación. El Ayuntamiento de Tudela también alegó que dicho uso constituía una forma de ocupación del dominio público. Tal alegación me parece equivocada.

60. Si una empresa instala un cable por debajo de una vía pública para transmitir señales, ya sea entre teléfonos fijos o entre teléfonos móviles y fijos, es la instalación del cable la que requiere un «derecho

de paso» mientras se instala el cable. Una vez instalado, cualquiera que sea el número de señales transmitidas a través del cable, el uso del cable no afecta a la disponibilidad de los «derechos de paso». (51) Bien es cierto que los usuarios distintos de la empresa que instala los recursos también se benefician de los «derechos de paso» concedidos a ésta. No obstante, en un mercado competitivo, cabe presumir que el precio estipulado por ese uso (es decir, el «acceso») incluirá una compensación por ese aprovechamiento».

La configuración de la tasa perseguía gravar el uso indirecto que del dominio público efectuaban las operadoras que no eran titulares de las instalaciones pero que llegaban a acuerdos remunerados con los titulares. Las conclusiones de la Abogada General aunque no son recogidas en este punto en la sentencia critican la metodología establecida en la legislación de Haciendas Locales para calcular el importe de la tasa exigida a estas empresas por utilizar el dominio público. En cualquier caso, cualquiera que sea el sistema que se utilice, parece razonable que esa tasa contemple la utilización, aunque sea indirecta por terceros y que además da lugar a que el titular de la instalación y sujeto pasivo de la tasa perciba una compensación económica de los mismos.

Todo lo anterior permite entender que nos hallamos ante una tasa que contradecía el derecho comunitario pero no de una manera evidente y palmaria que permita entender que existe una violación “caracterizada” del Derecho Comunitario que permita, sobre la base de la responsabilidad patrimonial, exigir la devolución de una tasa que fue liquidada en el año 2008 y que no fue recurrida por la reclamante a diferencia de los restantes trimestres de dicho año, recursos que permitieron obtener su devolución.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2013 (recurso 10/2012) para que proceda la declaración de responsabilidad patrimonial por la vulneración de la normativa comunitaria

es preciso que haya habido una violación caracterizada y frente a las citas de determinada jurisprudencia de la Sala afirma que:

“El rigor con que la actora interpreta esa jurisprudencia, deduciendo de ella que no es necesario para que surja el deber de indemnizar que la violación de la norma comunitaria sea una de tal grado o entidad que la haga merecedora del calificativo de suficientemente caracterizada, por no ser una exigencia similar la que cabe ver cuando hemos enjuiciado supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños o perjuicios causados por la aplicación de una norma con rango de ley luego declarada inconstitucional, no puede ser compartido”.

La ambigüedad de la normativa comunitaria que exigió una cuestión prejudicial con un notable esfuerzo interpretador por parte de la Abogada General así como la actuación de la reclamante al no recurrir una liquidación que podía haber recurrido en su día mediante los mecanismos ordinarios previstos en el derecho nacional permiten establecer que, en este caso, la seguridad jurídica debe prevalecer y por tanto ha de desestimarse la presente reclamación.

Ha de recordarse, en cuanto criterios expresamente acogidos en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2013, que diversos tribunales superiores de justicia y el propio Tribunal Supremo (sentencia de 16 de febrero de 2009 (recurso 5082/2005)) aplicaron estas ordenanzas sin que se plantease una vulneración del derecho comunitario y tampoco la Comisión planteó objeción alguna a la exigencia de estas tasas.

Por tanto ni los tribunales nacionales, jueces naturales del derecho comunitario, ni la Comisión en cuanto garante del derecho europeo, advirtieron la vulneración del derecho comunitario, lo cual permite entender que no estamos ante una vulneración manifiestamente caracterizada.

A ello se suma el que se encuentre pendiente una nueva cuestión prejudicial al respecto. El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de Barcelona ha planteado al Tribunal si la limitación de los cánones del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, tal y como ha sido entendida por la sentencia del Tribunal de 12 de julio de 2012, puede extenderse a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas puedan recibir como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de las redes de telecomunicación y si tales retribuciones y los sujetos pasivos de las mismas se determinan por la ley interna del Estado (Asunto C-25/13, D OUE C 108/15 de 13 de abril de 2013).

Esta cuestión prejudicial pone de manifiesto que siguen planteándose problemas en los tribunales nacionales en cuanto a la aplicación del artículo 13 de la citada Directiva, confirmando en gran medida que no estamos ante una violación manifiesta del derecho europeo.

A lo anterior debe añadirse el que en el presente caso la reclamante dejó que las liquidaciones ganaran firmeza al no recurrirlas en plazo ya que el recurso de reposición que interpuso era manifiestamente extemporáneo y así fue calificado tanto por el tribunal económico administrativo municipal como por la jurisdicción contencioso administrativa.

Si la reclamante hubiera interpuesto el recurso en plazo y alegado la vulneración de la normativa comunitaria, tanto el Ayuntamiento como posteriormente los tribunales hubieran podido analizar la cuestión y haber aplicado el derecho comunitario anulando la liquidación.

Conviene recordar que el derecho comunitario debe ser aplicado conforme los mecanismos procedimentales del derecho nacional de cada país. Si los ciudadanos incumplen los requisitos procedimentales no pueden, en buena lógica, reclamar por un daño del cual ellos han sido responsables.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por el reclamante ha de desestimarse al no existir una violación suficientemente caracterizada de la normativa comunitaria y, por tanto, no concurrir el requisito de antijuridicidad en el daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 30 de octubre de 2013