QDL44

Jurisprudencia

El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Última jurisprudencia desde la perspectiva local

M.ª Pilar Teso Gamella
Magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

1. Planteamiento general
2. Caracterización del sistema de responsabilidad patrimonial
3. Los requisitos de la responsabilidad
4. Las novedades de la Ley 40/2015
4.1. Responsabilidad del Estado legislador
4.1.1. Responsabilidad por leyes inconstitucionales
4.1.2. Responsabilidad por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea
4.2. La extensión de la responsabilidad patrimonial
5. Jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial desde la perspectiva local
5.1. Planteamiento general
5.2. Los antecedentes
5.3. Los requisitos de este tipo de responsabilidad patrimonial
5.4. Las ordenanzas fiscales
6. Nota bibliográfica

Resumen

La ponencia es una aproximación a las novedades que, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, por leyes contrarias

Artículo recibido el 29/05/2017; aceptado el 10/06/2017.

a la Constitución o por normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, establece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, y también la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Igualmente se da noticia de una reciente jurisprudencia respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por leyes contrarias a la Unión Europea, en la que resultan afectadas la Administración General del Estado y la Administración Local.

Palabras clave: *régimen jurídico; responsabilidad patrimonial; Administración; jurisprudencia; perspectiva local*.

The new legal framework of liability of public administrations. The recent case law from the local law perspective

Abstract

The article addresses the changes introduced by Law 39/2015, of 1 October, on the Administrative Procedure of Public Administrations and Law 40/2015, of 1 October, on the Public Sector, regarding the liability of the legislator because of passing unconstitutional legislation or in contradiction with European Union Law. In addition, the article studies the recent case law on liability of the legislator because of breaching European Union Law when the central and local administrations are involved.

Keywords: legal framework; liability; public administration; case law; local law perspective.

1
Planteamiento general

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es uno de los ejes medulares del Derecho administrativo y del propio Estado de Derecho. Como señaló –en la clásica cita– Maurice Hauriou, "hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocados: que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio". Es decir, principio de legalidad y de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Obligada referencia ha de hacerse al interés general que preside la actuación de la Administración, que sirve con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 de la CE), de tal modo que la desviación de esta finalidad ha de ser controlada por jueces y tribunales, *ex* artículo 106.1 *in fine* de la CE, pues los órganos judiciales controlan el sometimiento de la actuación administrativa "a los fines que la justifican", anulando las actuaciones que se desvíen de esa finalidad fijada por el ordenamiento jurídico. Es la desviación de poder prevista en el artículo 70.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa.

Acorde con esa exigencia teleológica, el estatuto jurídico de la Administración goza de unos instrumentos privilegiados de los que no disponen los ciudadanos, que fortalecen y refuerzan su posición. De manera que puede llevar a cabo actuaciones que modifiquen la situación jurídica de los ciudadanos, sin la necesaria intervención judicial. Es ahí, como contrapeso y como cierre al sistema, cuando entra en juego la garantía de la responsabilidad patrimonial.

La caracterización de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial, desde la órbita de las Administraciones locales, tiene que arrancar de una constatación inicial. Y es que no hay un régimen jurídico específico sobre la responsabilidad patrimonial en el ámbito local. Ni siquiera hay un régimen general que prevea luego algunas peculiaridades propias de la Administración local. Hay un régimen general común, consecuencia de la aplicación del artículo 149.1.18 de la CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva respecto del sistema de responsabilidad patrimonial de "todas" las Administraciones Públicas, lo que ha comportado un régimen unitario.

Este régimen jurídico común se reafirma en la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), cuando, en el artículo 54, dispone que las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los *particulares* en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, "en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa".

La legislación general a que se refiere el citado precepto es la misma a la que se remite el artículo 106.2 de la CE, cuando establece la cláusula general de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, que consagra el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, "en los términos establecidos por la ley".

Remisiones a la ley que se concretan ahora en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en la Ley 39/2015, de 1 de

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como antes se hizo en la Ley 30/1992, y antaño en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

De modo que, aunque en hipótesis puedan suscitarse, respecto de la responsabilidad patrimonial de las entidades locales, problemas o cuestiones propias y específicas de este tipo de Administración y de las competencias que ejercita, la respuesta jurídica debe basarse, en todo caso, en la aplicación del mismo régimen jurídico. Teniendo en cuenta, no obstante, que en muchas ocasiones los problemas que se plantean son similares a los que tienen lugar en la órbita de las otras Administraciones Públicas territoriales, la estatal o la autonómica.

Las novedades en la materia derivadas de la Ley 40/2015, y en menor medida de la Ley 39/2015, respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, y la reciente jurisprudencia desde una óptica local, serán las líneas generales de esta somera incursión en la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas. La responsabilidad contractual, derivada de un contrato cualquiera que sea su naturaleza, queda, por tanto, extramuros de lo que ahora abordamos, como lo está del régimen jurídico que establece la citada Ley 40/2015.

El objeto de la presente ponencia, en definitiva, se limita a dar cuenta de las principales innovaciones en materia de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, la extensión de la responsabilidad patrimonial, y alguna reciente sentencia del Tribunal Supremo sobre dicha materia. Si bien antes conviene hacer una reseña general a nuestro sistema de responsabilidad.

2
Caracterización del sistema de responsabilidad patrimonial

El sistema de garantía que comporta la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se fundamenta en un criterio de solidaridad social, en virtud del cual los daños ocasionados por la actuación de los poderes públicos no deben recaer exclusivamente sobre la esfera patrimonial o personal de los particulares a los que se causa la lesión. Se trata, por tanto, de resarcir o compensar un daño antijurídico –en eso consiste la "lesión"–, ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. Con la salvedad, a modo de causas de justificación, de que no tengan el deber jurídico de soportar ese daño con arreglo a la ley, o por la concurrencia de fuerza mayor.

Este sistema de derecho público, que es unitario para todas las Administraciones Públicas, como antes señalamos, a tenor del artículo 149.1.18 de la CE, participa de un casuismo judicial propio en la materia, en atención a los diferentes ámbitos sectoriales en los que se desenvuelve, pues la regulación legal tampoco establece peculiaridades al respecto. De modo que no se contemplan criterios específicos, ni por razón del tipo de Administración, ni por el ámbito sectorial en que se produce, ni, en fin, por un combinado de ambas circunstancias. Con la salvedad del cómputo del plazo previsto en el artículo 67 de la Ley 39/2015.

Este régimen de la responsabilidad patrimonial comprende cualquier actividad administrativa, ya sea por acción o por omisión. Comprende los actos administrativos y las disposiciones generales. Y responde directamente la Administración, sin perjuicio, naturalmente, de ejercitar luego la acción de regreso cuando las autoridades o funcionarios actuantes hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves (artículo 36.2 de la Ley 40/2015).

Es de carácter objetivo y se produce al margen de la concurrencia del elemento subjetivo que conlleva la culpa o la simple negligencia. El sistema se estructura en torno al concepto de lesión, como daño antijurídico, pues, a tenor del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones de toda *lesión* que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la misma sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La reparación del daño, en esta apretada síntesis de su configuración, debe ser efectiva, evaluable económicamente e individualizada, ha de ser integral, proporcionando una compensación o un resarcimiento completo del daño, personal o patrimonial, causado por la actuación administrativa. Es el principio de total indemnidad.

El empleo del término "particulares" a que se refiere el citado artículo 32.1 de la Ley 40/2015 no ha impedido que se venga considerando desde antiguo, por la jurisprudencia, que la Administración también debe responder de los daños que haya ocasionado a otras Administraciones, siempre, naturalmente, que concurran los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial.

El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es, en definitiva, amplio y generoso en su configuración general. Cuestión distinta es la interpretación y aplicación que vienen haciendo los jueces y tribunales, al establecer unos contornos propios de la responsabilidad patrimonial, en atención al específico ámbito material en el que se origine la lesión.

Conviene, en fin, dejar constancia de la polémica sobre la configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial, en lo relativo a su carácter

objetivo, al dejar amplísimos márgenes interpretativos al juez, porque además de no diferenciar, como antes se señaló, según los diferentes ámbitos de la responsabilidad, la regulación es general y escueta, propicia el casuismo y arbitrio judicial. Se cuestiona que la Administración deba indemnizar cuando haya actuado correctamente, es decir, en los casos de funcionamiento normal de los servicios como título de imputación. Es precisamente esa caracterización objetiva de la responsabilidad lo que haría insostenible económicamente el modelo, si no fuera porque los tribunales simplemente no lo aplican en su integridad, pues gradúan el rigor según el ámbito material de la actividad administrativa de que se trate, y establecen criterios jurisprudenciales apegados al caso concreto.

De manera que, con el marco jurídico constitucional que proporciona el artículo 106.2 la CE, otros modelos son posibles, pero el legislador se muestra continuista.

3
Los requisitos de la responsabilidad

El nacimiento de la responsabilidad patrimonial se anuda a la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.- Debe haberse realizado una *actuación administrativa* de cualquier naturaleza, por acción u omisión, a la que se imputa la lesión o el daño antijurídico. La Administración puede actuar ya sea en relaciones de derecho privado o de derecho público, como establecía el artículo 144 de la Ley 30/1992. Ahora, además, también será aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial cuando la Administración concurra con sujetos de derecho privado, o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración, o a la entidad que cubra su responsabilidad, *ex* artículo 35 de dicha Ley 40/2015.

2.- La *lesión* causada a los particulares en sus bienes y derechos, que no tengan el deber jurídico de soportar con arreglo a la ley, y que no se deba a fuerza mayor. La *antijuridicidad* del daño, que integra el concepto jurídico de lesión, es quizá la cuestión más relevante del sistema de responsabilidad.

La antijuridicidad significa que no se tiene el deber de soportarlo, y la no concurrencia de esta causa de justificación que legitima el daño, es decir, que no concurra un título que se imponga como inexcusable y, por tanto, se tenga el deber de soportar. Pagar un impuesto, soportar una ejecución administrativa o judicial, cumplir una orden para adecentar las fachadas de los edificios, cumplir una sanción, abstenerse de realizar lo prohibido y soportar

las consecuencias de tal incumplimiento, son los casos, entre otros, que tradicionalmente se suelen relacionar como inexcusables.

3.- Debe mediar la *relación de causalidad* entre esa actuación y la lesión padecida, es decir, que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Ha de probarse que existe un nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido. La propia actuación del particular puede dar lugar a la denominada "concurrencia de causas" para la producción del resultado lesivo.

4
Las novedades de la Ley 40/2015

El régimen general de la responsabilidad patrimonial no se ha visto alterado, por tanto, en su caracterización general, ni en sus requisitos esenciales, por la Ley 40/2015. Se mantiene su carácter objetivo y se conservan los presupuestos generales para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Las novedades se producen, además de la extensión de la responsabilidad pública a las entidades privadas por las que actúe la Administración antes citada, prevista en el artículo 35, en la denominada responsabilidad patrimonial del Estado legislador, que originariamente fue una creación jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en relación con la aplicación de leyes inconstitucionales, y de la jurisprudencia del TJUE y de la misma Sala del Tribunal Supremo, respecto de la aplicación de normas contrarias al derecho de la Unión Europea.

Antes de continuar con las peculiaridades de cada uno de los tipos de responsabilidad del Estado legislador, conviene dejar constancia de dos limitaciones temporales, comunes a ambos supuestos de responsabilidad por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea.

De un lado, únicamente serán indemnizables, *ex* artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, los daños producidos en 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 propia sentencia disponga otra cosa.

Y, de otro, se mantiene, en el artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el plazo de prescripción de un año, pues los interesados solo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial cuando no haya prescrito su derecho a reclamar, que *prescribirá al año* de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de que se manifieste su efecto

lesivo. En lo atinente a los casos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, el inicio del plazo tendrá lugar desde 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 ley o el carácter contrario al derecho de la Unión Europea de una norma.

4.1
Responsabilidad del Estado legislador

Las novedades en la regulación de la responsabilidad patrimonial aparecen, según reconoce la exposición de motivos de la Ley, en el ámbito de la responsabilidad del Estado legislador, *por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda*.

Recordemos que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador ha tenido reciente reconocimiento y rápido desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con sustento en el principio general de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la CE.

El origen tuvo lugar en relación con las leyes de modificación, por adelanto, de la edad de jubilación en los años ochenta del siglo pasado, y de ahí arranca el camino hasta la responsabilidad por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea. Por ello, en 1999 se modificó la Ley 30/1992, introduciendo un apartado 3 al artículo 139, que, no obstante, regulaba un supuesto ajeno (relativo a los casos en que se estableciera la responsabilidad en el propio acto legislativo) a los contornos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, que iba construyendo caso a caso la Sala Tercera, sobre todo tras las sentencias del conocido caso del gravamen complementario de una tasa sobre el juego.

Ahora el legislador, en la Ley 40/2015, ha tomado nota de ese desarrollo jurisprudencial y ha regulado la materia, restringiendo los contornos que había establecido, de modo tan generoso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para ambos supuestos, la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales o de normas contrarias al derecho de la Unión Europea.

Se mantiene la responsabilidad patrimonial que ya regulaba la Ley 30/1992 tras la reforma de 1999, pues el artículo 32.3 de la Ley 40/2015 es reiteración del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, y que no hace al caso, pues no suponía reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado le-

gislador tal como la conocemos. Este artículo 32.3, párrafo primero, dispone que "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".

Lo relevante es que ahora sí se regula la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por normas con rango de ley declaradas inconstitucionales o por normas, legales o reglamentarias, contrarias al derecho de la Unión Europea; que ya deja de ser una creación jurisprudencial y tiene una específica regulación legal.

4.1.1
Responsabilidad por leyes inconstitucionales

La jurisprudencia ya venía reconociendo que para el completo resarcimiento del daño patrimonial ocasionado por una ley inválida, por inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional, resultaba irrelevante que el acto administrativo de aplicación fuera o no firme, o que el perjudicado hubiera, o no, impugnado dicho acto del que era destinatario, agotando, por tanto, las correspondientes instancias judiciales.

Se consideraba que el acto de aplicación sería igualmente firme, si se había recurrido y se habían agotado las instancias, si se había aquietado el destinatario, o si no cabía recurso alguno porque era una sentencia dictada en única instancia. Teniendo en cuenta que no podía aplicarse el instituto de la cosa juzgada, porque no había identidad en el objeto, entre la acción que se ejercita cuando se impugna cualquier acto administrativo de aplicación y la que se ejercita respecto de la responsabilidad patrimonial. No hay identidad en el bien jurídico, y podía no haber identidad respecto de las partes.

En este sentido la Sentencia del Pleno de 2 de junio de 2010 (recurso contencioso administrativo n.º 588/2008) de la Sala Tercera declaró que "Es aquí, precisamente, donde encontramos la razón jurídica que conduce a interpretar que lo ordenado en aquellos artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución. El bien jurídico cuya protección se solicita al deducir esta pretensión está, nadie lo duda, claramente conectado con aquel que se solicitó

en el proceso no revisable que feneció con esa sentencia, hasta el punto de que uno y otro pueden llegar a guardar una plena relación de equivalencia o utilidad económica, que les haría así, aunque solo desde esta perspectiva, intercambiables. Pero no es el mismo bien jurídico; no hay identidad entre uno y otro. En el proceso fenecido lo era el derecho o derechos que a juicio del pretendiente derivaban de una concreta situación o relación jurídica. En el nuevo lo es el derecho a ser indemnizado cuando un tercero causa en su patrimonio un perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar. Como tampoco la hay necesariamente entre las partes de uno y otro proceso, entendidas con la extensión con que lo hace el párrafo primero del art. 222.3 LEC, pues en el fenecido solo lo eran y solo podían serlo quienes definían la situación o integraban la relación jurídica cuyo contenido o cuyos derechos se ponían en litigio, mientras que en el nuevo lo es el tercero tal vez ajeno a ellas a quien se imputa el daño antijurídico. […] En suma, si lo que excluye la cosa juzgada es, tal y como dice el art. 222.1 LEC, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo, no es ese efecto de exclusión el que producen aquellos artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC para el posterior proceso de reclamación de responsabilidad, pues no es esa situación de identidad de objeto la existente entre este y el anterior".

Al destinatario del acto en el que se aplicó la Ley luego declarada inconstitucional, no podía imponérsele, según la citada doctrina jurisprudencial, la carga de recurrir en todo caso.

En esa misma Sentencia de 2 de junio de 2010, se sostenía que cuando la sentencia del Tribunal Constitucional no contiene un pronunciamiento específico al respecto, son los tribunales los que deben decidir sobre la eficacia *ex nunc* o *ex tunc* de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. En concreto se declara en dicha sentencia que "esa jurisprudencia que cuando la sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales ante los que se suscite tal cuestión decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad, aplicando las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser ellos quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. En este sentido pueden verse, entre otras muchas, las SSTS de 15 de julio de 2000 (recurso núm. 763/1997), 17 de febrero de 2001 (349/1998), 24 de enero de 2002 (221/1998), 3 de julio de 2003 (678/2000), 29 de octubre de 2004 (166/2003), 11 de septiembre de 2007 (99/2006)".

Pues bien, la Ley 40/2015 corrige esa jurisprudencia, y limita ostensiblemente su aplicación al exigir, en el artículo 32.4, que si la lesión tiene lugar por la aplicación de una ley, que luego ha sido declarada inconstitucional, hay que cumplir dos requisitos:

a) que se haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acto de aplicación que ocasiona el daño, y

b) que en dicho recurso se hubiera alegado la inconstitucionalidad de la ley que posteriormente se declaró.

El primer requisito, la exigencia de sentencia firme, admite dos posibles interpretaciones: o bien que se hayan agotado los recursos jurisdiccionales hasta el alcance de la firmeza; o que baste simplemente con haber acudido a los órganos jurisdiccionales y haber obtenido sentencia.

No parece requerirse el agotamiento de las sucesivas instancias judiciales, si hubiera apelación o casación, según los casos. Recordemos que el artículo 32.4 dispone que es necesario que "el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño". Y que estamos ante la interpretación de una exigencia de la que depende el acceso a la jurisdicción.

Únicamente se exige, por tanto, que la sentencia, tras la sustanciación del recurso contencioso-administrativo, invocando la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley que aplica el acto impugnado, sea firme. Esta firmeza puede haberse producido, naturalmente, no solo por haberse agotado las instancias correspondientes si las hubiera, sino por el aquietamiento del recurrente ante la primera sentencia, o porque contra la misma no cabía recurso alguno. También puede haberse obtenido sentencia desestimatoria firme en apelación, ante el recurso de la Administración, cuando en primera instancia se había obtenido una sentencia estimatoria de su pretensión.

La exigencia de que la sentencia firme sea "desestimatoria" debe entenderse en sentido material y no formal. Dicho de otro modo, puede haber sentencias que resuelven recursos interpuestos contra varios actos impugnados, *v. gr.* de naturaleza tributaria, cuyo fallo sea "estimatorio en parte", y que esa parte no estimada se refiera precisamente a la duda de inconstitucionalidad de la norma legal y la nulidad por dicha causa de alguno de los actos tributarios recurridos. Estaríamos, por tanto, ante sentencias materialmente desestimatorias, aunque formalmente fueran estimatorias en parte.

La concurrencia de dichas exigencias legales, en definitiva, limita de forma significativa la aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, tal como venía configurada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero debe reconocerse que el diseño de este nuevo régimen jurídico

imprime certeza en la delimitación del tipo más reciente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Y no es difícil predecir que disminuirán de modo relevante, al menos inicialmente, los recursos por responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Lo anterior no obsta, como es natural, para que el propio Tribunal Constitucional pueda limitar el alcance de sus propias sentencias, como es el caso, entre otros, de la STC 194/2000, de 19 de julio, sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, al añadirse que las situaciones que pueden ser revisadas con fundamento en esa sentencia, son aquellas que a la fecha de publicación no hubieran adquirido firmeza.

4.1.2
Responsabilidad por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea

El Estado legislador no solo responde por las leyes inconstitucionales, sino también por aquellas normas que son contrarias al derecho de la Unión Europea. Aunque en la exposición de motivos de la Ley 40/2015 se alude a "leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea", sin embargo en el artículo 32.5, de modo más preciso, se alude a la lesión por la "aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea".

La responsabilidad de los Estados miembros, por incumplimiento del derecho de la Unión Europea, va ligada a la jurisprudencia del TJUE como una garantía adicional de cumplimiento del derecho comunitario por los Estados.

En dicha jurisprudencia comunitaria, se declaró que los Estados miembros deben reparar los daños causados a los ciudadanos por normas que hayan vulnerado el derecho de la Unión Europea. Es el caso de las sentencias del TJUE, entre otras, de 19 de noviembre de 1991 (*Francovich y Bonifaci*) y de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pecheur*).

La responsabilidad surge, según las citadas sentencias, por la concurrencia de tres requisitos, que ha venido reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a saber: que la norma nacional infractora del derecho de la Unión Europea tenga por objeto conferir derechos a particulares (1); que la vulneración sea suficientemente caracterizada (2); y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas (3).

El origen y los fundamentos de la responsabilidad por normas contrarias al derecho de la Unión Europea fueron, por tanto, distintos, en la jurispru-

dencia del Tribunal Supremo, a los de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, pues, para las primeras, además de exigirse el agotamiento de los recursos procedentes, que no era requisito para el ejercicio de la acción en el caso de leyes inconstitucionales, la infracción del derecho de la Unión Europea ha de ser también suficientemente caracterizada.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala Tercera equipara los dos tipos de responsabilidad del Estado legislador, por leyes inconstitucionales o por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, tras la STJUE de 26 de enero de 2010, "Transportes Urbanos", que declara, por efecto del principio de equivalencia, que las "normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se apliquen indistintamente a los recursos basados en la violación del derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del derecho interno". Concluyendo, en virtud del citado principio de equivalencia, que "lo que no se exige para la realización procedimental de derechos derivados de la ley nacional tampoco puede exigirse para la de derechos establecidos por el derecho europeo".

La Ley 40/2015 ha sujetado a determinados requisitos, en el artículo 32, apartado 5, el ejercicio de la acción por responsabilidad del Estado legislador, respecto de normas contrarias al derecho de la Unión Europea. Estos requisitos son los mismos que se exigían para la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, es decir, que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y que en dicho recurso se haya alegado la infracción del derecho de la Unión Europea que posteriormente ha sido declarada.

Pero además se exigen aquellos requisitos, antes señalados, que había establecido la jurisprudencia del TJUE, entre otras, en las antes citadas sentencias de 19 de noviembre de 1991 y de 5 de marzo de 1996.

Se ha producido, por tanto, una equiparación del régimen jurídico aplicable a ambos tipos de responsabilidad del Estado legislador, ya sea por leyes inconstitucionales o por normas contrarias al derecho de la Unión, pues en ambos se exige que se haya reaccionado ante el acto de aplicación de la ley mediante su impugnación ante los jueces o tribunales, que haya sentencia firme, y que en el correspondiente recurso contencioso-administrativo se haya invocado la vulneración de la CE o del derecho europeo.

Ahora bien, la equiparación, a los efectos del principio de equivalencia, podría tener alguna fisura, pues en los casos de responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales no se exige que la infracción sea suficientemente caracterizada, que es un requisito únicamente exigido en los casos de lesión derivada de normas contrarias al derecho de la Unión Europea. Ahora bien,

en este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene declarando que no se vulnera en estos casos el principio de equivalencia, pues la constatación del requisito de la antijuridicidad del daño depende, cuando es causado por la aplicación de un acto o una norma ilegal, del margen de apreciación razonado y razonable reconocible a su autor al interpretar la norma violada, mayor o menor, claro es, en función de las características de esta norma. De modo que el juicio sobre la antijuridicidad del daño comprende y se equipara al que se hace para determinar si la lesión del derecho de la Unión Europea es suficientemente caracterizada.

Recordemos que una infracción es suficientemente caracterizada cuando es manifiesta y grave, y tiene tal entidad que resulte clara, intencional, o de carácter inexcusable. También cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de la que resulte ese carácter trasgresor.

4.2
La extensión de la responsabilidad patrimonial

La otra novedad sobre el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial que establece la Ley 40/2015, es la regulación de la extensión del ámbito de la responsabilidad extracontractual, lo que denomina el artículo 35 la "Responsabilidad de Derecho Privado".

Cuando las entidades de derecho privado, a través de las que actúa la Administración, no ejerciten potestades administrativas porque actúen bajo normas de derecho privado, en su responsabilidad también será de aplicación el régimen que alumbran los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 sobre responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas. Es decir, comprende no sólo los supuestos en los que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, sino también cuando se sirve de entidades de derecho privado, en relaciones de tal naturaleza.

De este modo se intenta poner fin a las limitaciones, derivadas de la aplicación del artículo 144 de la Ley 30/1992, por razón de la personificación privada de la entidad, o siendo pública por su actuación bajo normas de derecho privado. Recordemos que el citado artículo 144 comprendía únicamente a las Administraciones Públicas cuando "actúen en relaciones de derecho privado". Ahora se expande la aplicación del régimen jurídico de la responsabilidad prevista en la Ley 40/2015, de manera que quedan incluidas las sociedades privadas y las fundaciones, a través de las que actúe la Administración.

El camino que amplía el ámbito de la responsabilidad patrimonial, está en relación directa con la jurisdicción competente, en esta materia, que viene determinada, tras un proceloso camino en la jurisdicción contencioso-administrativa, que ha unificado la competencia al respecto, por el artículo 2.e) de la LJCA (tras la reforma de la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999), cuando dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad". De modo que esa ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha de comportar la correspondiente adaptación de la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la entidad de derecho privado sea el instrumento de la Administración, pues se sirve de dicha entidad para actuar.

Hasta ahora, cuando, *v. gr.*, se demandaba únicamente a la compañía de seguros que cubría la responsabilidad, en estos casos, aunque ello no estaba exento de polémica, venía considerándose competente la jurisdicción civil, según la Sala Especial de Conflictos de Competencia del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del Tribunal Supremo. Así, en el Auto de dicha Sala de 19 de febrero de 2014, conflicto n.º 42/2013, siguiendo reiterados precedentes, se señalaba que "[…] En este caso, como en los resueltos por las sentencias citadas, se ejercitaba la acción prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y en todos ellos acordamos que la jurisdicción competente para conocer de tales procedimientos era la jurisdicción civil. […] Las razones que avalan la atribución de competencia a la jurisdicción civil para conocer del caso examinado son las siguientes. […] El artículo 9.4 de la LOPJ, según redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, cuando relaciona las materias atribuidas al orden jurisdiccional contencioso-administrativo establece, en el párrafo segundo, que conocerá de las pretensiones que se deduzcan 'en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. **Igualmente conocerá de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva**'. Acorde con tal previsión legal se modificó también, mediante la Ley Orgánica 19/2003 citada, el artículo 2.e) de la LJCA. […] Culmina en

los citados preceptos el prolongado camino seguido para atribuir, con carácter general, a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las acciones ejercitadas, al amparo del artículo 106.2 de la CE, por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Esta norma general, como se advierte del propio contenido del artículo 9.4, párrafo segundo, de la LOPJ, tiene una excepción referida al ejercicio de la acción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, es decir, cuando se demande directa y únicamente a la compañía de seguro sanitario. […] Pues bien, en dichos supuestos en los que se demanda exclusivamente a la compañía que presta el servicio, sin hacerlo 'junto a la Administración' (artículo 9.4 citado), los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo se encuentran sin actividad administrativa que enjuiciar ni revisar, y sin poder determinar, por tanto, si la misma ha sido conforme, o no, con el ordenamiento jurídico, pues se trataría de una mera relación entre privados. […] Recordemos, en fin, que el orden civil conocerá, además de las materias que les son propias, de 'todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional' (artículo 9.2 de la LOPJ)".

Sin embargo, ahora el artículo 35 citado se refiere a la exigencia de responsabilidad no sólo a la Administración en relaciones de derecho privado, como señalaba el artículo 144 de la Ley 30/1922, o cuando la Administración concurra con sujetos de derecho privado, sino también extendiéndose "directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad".

Por otro lado, los daños de contratistas o concesionarios tienen una expresa referencia en el artículo 32.9 de la Ley 40/2015, cuando dispone que 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.

5
Jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial desde la perspectiva local

Seguidamente citaremos dos recientes sentencias sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por la infracción del derecho de la Unión

Europea, en las que se encuentran concernidas las entidades locales y la Administración General del Estado.

Recientemente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en las sentencias de 17 de noviembre de 2016 y de 21 de febrero de 2017, dictadas en los recursos contencioso-administrativos 196/2015 y 184/2015, respectivamente, se ha pronunciado sobre la impugnación de la denegación de la reclamación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, formulada por las operadoras de telefonía móvil, fija y ADSL, al Consejo de Ministros por los perjuicios ocasionados por la infracción del derecho de la Unión Europea, por el importe abonado por dichas operadoras como consecuencia de las liquidaciones giradas por la tasa municipal (principal, intereses y recargos), que fueron practicadas por varios ayuntamientos a esas operadoras de telefonía móvil en concepto de tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local. Estas liquidaciones se giraron en aplicación de las correspondientes ordenanzas fiscales, dictadas al amparo del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

5.1
Planteamiento general

Estos dos recursos contencioso-administrativos, interpuestos ante la Sala Tercera, impugnaban la denegación expresa de la reclamación deducida ante el Consejo de Ministros, porque –se sostenía– el origen y la causa de la lesión se encontraba en una norma legal que era contraria al derecho de la Unión Europea, el TRLRHL.

Ahora bien, dichas operadoras de telefonía también expresaban que habían interpuesto reclamaciones por responsabilidad patrimonial, ante los ayuntamientos que giraron las correspondientes liquidaciones tributarias por la tasa, en las que, al parecer, se consideraba que las normas contrarias al derecho de la Unión Europea eran las ordenanzas fiscales respectivas, que prestaron cobertura normativa a dichas liquidaciones tributarias.

Sostenían dichas operadoras, como fundamento de la única responsabilidad de la Administración General del Estado, que si las ordenanzas municipales eran disconformes al derecho de la Unión Europea, era porque el legislador estatal había hecho un uso inadecuado de la facultad del 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 co-

municaciones electrónicas (Directiva autorización), que regula los cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos, al disponer que "Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)". Si bien las operadoras también hacían una alusión final a la eventual responsabilidad solidaria entre ambas Administraciones Públicas, estatal y local, al amparo del artículo 140 de la Ley 30/1992.

La cuestión suscitada, en definitiva, se limitaba a determinar si estamos ante un supuesto, o no, de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, y, además, a qué Administración ha de imputarse la lesión padecida por haber abonado el importe de las liquidaciones giradas por una tasa, que ha sido declarada contraria al derecho de la Unión Europea.

Para determinar el título de imputación resulta esencial acotar la distinta intervención de la Administración General del Estado y de los ayuntamientos concernidos. Pues bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 133 y 142 de la CE se establecen los principios de suficiencia y autonomía local, que se hacen efectivos en el TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en cuyo artículo 20.1.A se faculta a las entidades locales para establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

Teniendo en cuenta que este tipo de ordenanzas normalmente establecían que eran sujetos pasivos de dicha tasa las empresas o entidades explotadoras de servicios de suministro que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, tales como los de abastecimiento de agua, suministro de gas, electricidad, telefonía (fija o móvil) y otros análogos, así como también las empresas que explotan la red de comunicación mediante sistemas de fibra óptica, televisión por cable o cualquier otra técnica, independientemente de su carácter público o privado.

Añadiendo, y esto es lo relevante, que también tienen la consideración de sujetos pasivos las empresas o entidades explotadoras a que se refiere el párrafo anterior, tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúen los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

5.2
Los antecedentes

Conviene tener en cuenta que la vulneración del derecho de la Unión Europea por la citada tasa se declara por STJUE de 12 de julio de 2012, al resolver tres cuestiones prejudiciales planteadas, mediante Auto de 28 de octubre de 2010, por la propia Sala Tercera (Sección Segunda), en los recursos de casación en los que estaban en cuestión las ordenanzas municipales que regulaban la expresada tasa por aprovechamiento especial del dominio público local, respecto de las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil. Pues bien, el TJUE, mediante la citada Sentencia de 12 de julio de 2012, declaró lo siguiente:

> *1.º 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.º 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. […].*

De modo que la Sala Tercera declaró, a pesar de lo discutible de la cuestión, la nulidad de los preceptos de las ordenanzas fiscales que regulaban dicha tasa, pues la extensión del hecho imponible a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil, resultaba contraria al artículo 13 de la Directiva de autorización. Sólo los titulares de las redes pueden ser considerados sujetos pasivos de dicho tributo.

Pues bien, ni en estas sentencias de la Sala Tercera sobre la nulidad de las ordenanzas municipales fiscales, ni en la STJUE de 2012 antes citada, ningún reproche se hace sobre la inadecuada regulación, o su eventual inaplicación, de las normas reguladoras de la tasa sobre aprovechamiento especial del dominio público local, que se establece en el TRLRHL.

En la expresada sentencia se desestima el argumento principal de la recurrente sobre el título de imputación, que la recurrente identifica en el TRLRHL, porque sostiene que si las ordenanzas son contrarias al derecho de la

Unión Europea es porque el TR citado lo era también, pues el legislador español ha realizado una interpretación equivocada del artículo 13 de la Directiva Autorización, por lo que la única responsabilidad es del legislador estatal, que debió establecer un límite expreso, o una delimitación negativa del hecho imponible, para excluir de la tasa a las operadoras que no eran titulares de las redes. Teniendo en cuenta que los artículos 20.1.a) y 23.1.a) del TR citado habilitaban a los entes locales a exigir una tasa, con independencia de la titularidad de los bienes que realizan la ocupación del dominio público.

5.3
Los requisitos de este tipo de responsabilidad patrimonial

Resulta obligado en este tipo de recursos examinar, y así lo hace la sentencia, si concurren o no los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión, a saber: que la norma infringida tenga por objeto conferir derechos a particulares (1); que medie relación de causalidad entre la infracción y el daño sufrido (2); y que la violación sea suficientemente caracterizada (3).

Estas exigencias vienen establecidas por la doctrina del TJUE, concretamente desde la conocida STJUE "Brasserie du Pêcheur, S.A." (1996). En concreto, respecto de la infracción suficientemente caracterizada, que es el requisito de contornos más difusos, ha venido señalando dicho Tribunal que las autoridades nacionales tienen un amplio margen de apreciación en que debe moverse la función legislativa, o normativa, de los diferentes Estados miembros, pues sus extralimitaciones al respecto han de ser graves y manifiestas, teniendo en cuenta –y valorando específicamente– el grado de complejidad de las relaciones que se regulan, las dificultades de interpretación, el carácter intencional del error, o su naturaleza inexcusable. Y desde luego siempre será suficientemente caracterizada la vulneración, cuando se mantiene tras la sentencia que declara la infracción del derecho de la Unión Europea.

En relación con la equivalencia entre los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, que exige la doctrina del TJUE, debe señalarse que la Sala Tercera viene declarando que efectivamente no hay diferencia sustantiva relevante entre ambos tipos de responsabilidades. Es cierto que los presupuestos de procedibilidad, desde la STJUE de 29 de enero de 2010, aplicables a los recursos por responsabilidad patrimonial basados en la violación del derecho de la Unión y/o en la del derecho interno, deben ser similares, de modo que efectivamente no puede sujetarse el nacimiento de la

responsabilidad a la concurrencia de requisitos más estrictos en el caso de la infracción del derecho de la Unión Europea.

Pero sucede que la constatación del requisito de la antijuridicidad del daño depende –añade la Sentencia de la Sala Tercera de 17 de noviembre de 2016–, cuando es causado por la aplicación de un acto o norma ilegal, del margen de apreciación razonado y razonable reconocible a su autor al interpretar la norma violada, mayor o menor, claro es, en función de la naturaleza y las características de esta. De ahí que, en buena lógica, desde esa perspectiva del margen de apreciación en que debe descansar la imputación de la antijuridicidad del daño, no sean necesariamente y en todo caso términos iguales, en los que el margen deba ser el mismo, la Constitución de cada Estado miembro y el derecho de la Unión común a todos ellos.

Pues bien, la sentencia que comentamos considera, respecto de la interpretación de los artículos 20.1.a) y 23.1.a) del TRLRHL, que no puede sostenerse que en ellos se contenga la infracción del derecho de la Unión, pues ello "carece del menor fundamento lógico ni jurídico. Los verbos utilizar, aprovechar o disfrutar, referidos al objeto –el dominio público local–, no permiten inferir, por su propio significado, que el hecho imponible se pueda realizar por sujeto pasivo distinto de quien, por ser propietario de las redes que se sitúen en el dominio público local, o por debajo o por encima del mismo, es quien aprovecha, utiliza o usa el dominio público local de forma más intensa que la propia de un uso común y general, siendo así que es ese aprovechamiento especial lo que constituye el hecho imponible de la tasa, según los arts. 20.1.a) y 23.1.a) del TRLRHL. Los terceros no propietarios que usen esa red ajena, tendida en dominio público local, o por debajo o por encima del mismo, en virtud de derechos de uso, acceso o interconexión pactados o establecidos con el propietario, tan solo usan la red, no el dominio público".

Ninguno de los preceptos citados –concluye la sentencia– permiten declarar que el TRLRHL ha vulnerado el artículo 13 de la Directiva Aplicación. No se ha producido infracción alguna, ni mucho menos suficientemente caracterizada, de manera que no existe infracción del derecho de la Unión Europea por la legislación del Estado.

Añade en este sentido la citada sentencia de la Sala Tercera que "Nada hay en los preceptos del TRLRHL antes transcritos, que permita afirmar, como hace la demandante, que se vulnere el art. 13, ni tampoco el 12 de la Directiva 2002/20. Apuntala su tesis la recurrente con el razonamiento de que, de no ser así, es decir, de no existir una infracción en lo que se expresa en la norma, la infracción vendría dada por no contener el TRLRHL una mención específica a las empresas que prestan servicios de telefonía móvil, para excluirlas explícitamente del gravamen por tasas por utilización del

dominio público, en los casos que accedan a redes de terceros situadas en el dominio público local por derechos de acceso, uso o interconexión. Así, entiende que de la interpretación conjunta de los artículos 20 y 24 del TRLRHL, se desprende que si el legislador hubiera querido excluir el gravamen de los operadores de telefonía móvil que, sin ser titulares de los recursos instalados en el dominio público local, los utilizaran para prestar sus servicios de telefonía, lo que debería haber hecho es introducir la excepción contenida en el artículo 24.1.c) en el artículo 20 del TRLRHL (relativo al hecho imponible) lo que determina que el legislador estatal incurre en responsabilidad como consecuencia de no haber realizado una transposición correcta de la Directiva autorización".

5.4
Las ordenanzas fiscales

Finalmente la sentencia hace una referencia al objeto del recurso contencioso-administrativo que debe resolver, quedando extramuros del mismo la infracción del derecho de la Unión Europea por las ordenanzas fiscales, porque no ha sido ese el planteamiento de la demanda (aunque se hiciera una referencia a que el Estado respondiera por la posible infracción del derecho de la Unión de las ordenanzas). Recordemos que el acto impugnado es el Acuerdo del Consejo de Ministros denegatorio de la indemnización por responsabilidad patrimonial por la infracción del derecho de la Unión Europea que contiene el TRLRHL, y, en todo caso, debió haberse reclamado ante los ayuntamientos respectivos.

Respecto de si el Estado ha de responder, en todo caso, por la infracción del derecho de la Unión Europea en que incurran las ordenanzas municipales, la sentencia no acoge dicha pretensión, y se extiende, citando al respecto la jurisprudencia comunitaria, STJUE de 1 de junio de 1999 (caso Konle), estableciendo lo siguiente:

> *[…]*
> *27. Tal como han indicado en lo fundamental todos los Gobiernos que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia y la Comisión, y según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del derecho comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que, con arreglo al derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio*

hacerse cargo de dicha reparación (sentencia de 1 de junio de 1999, Konle, C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 62).

28. Por tanto, los Estados miembros no pueden liberarse de la mencionada responsabilidad ni invocando el reparto interno de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno ni alegando que la autoridad pública autora de la violación del derecho comunitario no disponía de las competencias, conocimientos o medios necesarios. […]".

Ahora bien, sentados estos principios generales, así como el marco jurisprudencial, el TJCE, expone en los siguientes apartados unas precisiones, en la línea que se contienen en la sentencia anteriormente citada, caso Konle, declarando que "[…] 29. Sin embargo, de la jurisprudencia citada en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia no se desprende que la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al derecho comunitario deba ser necesariamente asumida por el propio Estado miembro para que se cumplan sus obligaciones comunitarias.

30. En efecto, en lo que atañe a los Estados miembros de estructura federal, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, si los cauces procesales que ofrece el ordenamiento interno permiten una protección efectiva de los derechos que otorga a los particulares el ordenamiento comunitario, sin que resulte más difícil ejercer dichos derechos que aquellos que les otorga el ordenamiento jurídico interno, la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al derecho comunitario no debe ser necesariamente asumida por el Estado federal para que se cumplan las obligaciones comunitarias del Estado miembro de que se trata (sentencia Konle, antes citada, apartados 63 y 64)".

Añade la sentencia una referencia a la potestad tributaria de las entidades locales y su relación con la responsabilidad patrimonial, al señalar lo siguiente:

Esta doctrina del TJUE resulta muy relevante en el caso del Reino de España, para el caso de daños por infracción del derecho de la Unión Europea causados por actos realizados por las entidades locales. Las entidades locales actúan, en el ámbito de potestad tributaria, en el ejercicio de su autonomía local garantizada constitucionalmente en el art. 140 de la CE, garantía que en el ámbito tributario se refuerza por la mención a los tributos propios de las Haciendas locales que establece el art. 142 de la CE, si bien bajo los límites que impone el principio de reserva de ley en materia tributaria (art. 31.3 de la CE), de manera que las corporaciones locales solo pueden establecer y exigir tributos de acuerdo con

la Constitución y las leyes, por lo que careciendo las corporaciones de potestad legislativa, es el Estado quien debe habilitar legalmente a las entidades locales para exigir, en lo que ahora interesa, las tasas, en tanto modalidad singular de los tributos locales (art. 133.1 y 2 de la CE y art. 20 del TRLRHL), determinando los elementos esenciales del tributo. Por otra parte, las entidades locales se encuentran sujetas al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, garantizado constitucionalmente (art. 106.2.º de la CE), sistema de responsabilidad patrimonial que se rige por los mismos criterios, requisitos y procedimiento que la del Estado. Concretamente, en la fecha a que se refiere la presentación de la reclamación de responsabilidad estaba regulada por los arts. 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (título X de la LRJAPyPAC), que establecen un régimen normativo sustantivo y procedimental común (art. 149.1.18.º de la CE), sin que resulte más difícil ni gravoso exigir la reparación a aquellas entidades locales cuando los perjuicios por infracción del derecho de la Unión Europea se deban a su actuación, que hacerlo al propio Estado.

De modo que la sentencia concluye que en nuestro ordenamiento jurídico todas las Administraciones están sujetas a responsabilidad patrimonial, pues "no existe obstáculo en el ordenamiento jurídico interno para que pueda exigirse ante los ayuntamientos el resarcimiento de los daños y perjuicios que, en el ejercicio de sus potestades y competencias, hubieren causado a los administrados, sin que pueda detectarse ningún elemento normativo sustantivo o procedimental –la recurrente tampoco señala ningún obstáculo– que haga más difícil obtener ante los mismos la reparación del perjuicio causado por una infracción del derecho de la Unión Europea que tenga su origen en las ordenanzas que los ayuntamientos hubieren aprobado para la exacción de las tasas, o en las propias actuaciones de liquidación tributaria. Y prueba de que este régimen de responsabilidad es viable e igualmente efectivo, es que la actora ha simultaneado esta demanda, con la reclamación ante los distintos ayuntamientos".

En fin, tampoco obsta a la desestimación del recurso que declara la sentencia el alegato sobre el cumplimiento de los presupuestos del artículo 140 de la Ley 30/1992, que se rechaza, pues la concurrencia normativa del TRLRHL y de las respectivas ordenanzas fiscales no constituye ninguna "fórmula conjunta de actuación" entre varias Administraciones Públicas, de la que se derive la responsabilidad patrimonial de las Administraciones intervinientes para responder de forma solidaria. Las sentencias de las que damos cuenta

no consideran, en definitiva, que se trate de un supuesto de concurrencia de varias Administraciones para la producción del daño.

En las sentencias indicadas, una vez más, como sucede en la mayoría de estos casos, nos sitúan a vueltas con la exigencia, caracterización y concurrencia del controvertido requisito de la infracción suficientemente caracterizada.

6
Nota bibliográfica

Fernández Farreres, G., *Sistema de Derecho Administrativo II*, tercera edición, Civitas, Navarra, 2016.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, decimotercera edición, Civitas, Navarra, 2013.

Hauriou, M., "*Précis élémentaire de Droit administratif*, quinta edición, Revis. act. por A. Hauriou, París, 1943.

Martín Rebollo, L., "Responsabilidad patrimonial de la Administración local", *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, Iustel, Madrid, 2011.