NOTIFICADA POR LEXNET EL 29-4-15

70.614J

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Décima C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004
33010330
NIG: 28.079.00.3-2014/0004005

(01) 30310167133

Recurso de Apelación 24/2015

Recurrente: TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SA
PROCURADOR Dña. ANA LLORENS PARDO
Recurrido: AYUNTAMIENTO DE FUENLABRADA
PROCURADOR Dña. MARIA DE VILLANUEVA FERRER

SENTENCIA Nº 304/2015

Presidente:
Dña. ANA MARIA APARICIO MATEO
Magistrados:
Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS
Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

En la Villa de Madrid, a 24 de abril de 2015.

VISTO por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el recurso de apelación que con el número **24/2015** ante la misma pende de resolución y que fue interpuesto por la Procuradora doña **ANA LLORENS PARDO,** en nombre y representación de **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.,** contra la Sentencia de 17 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 24 de los de esta Villa y en el Procedimiento Ordinario seguido ante el mismo con el número 92/2014, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 4 de diciembre de 2013, del Concejal Delegado de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Fuenlabrada, por la que se desestimó la reclamación de indemnización formulada por Telefónica Móviles, S.A., el 14 de marzo de 2013, en concepto de responsabilidad patrimonial, en relación con la

liquidación por tasa de los ejercicios de 2004, 2005 y 2006, por importe de 1.172.664,36 euros.

Ha sido parte apelada el **AYUNTAMIENTO DE FUENLABRADA** representado por la Procuradora doña **MARÍA DE VILLANUEVA FERRER**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 17 de octubre de 2014, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 24 de los de esta Villa y en el Procedimiento Ordinario seguido ante el mismo con el número 92/2014, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva, literalmente transcrita, dice así:

"Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador Ana Llorens Pardo en nombre de TELEFÓNICA MÓVILES, contra la resolución administrativa referenciada, por resultar conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente."

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, se interpuso por la mercantil TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora doña Ana Llorens Pardo, en tiempo y forma, recurso de apelación que, tras ser admitido a trámite se sustanció por sus prescripciones legales ante el Juzgado de que se viene haciendo mención y elevándose las actuaciones a esta Sala.

Se ha opuesto a la apelación el AYUNTAMIENTO DE FUENLABRADA representado por la Procuradora doña Mª de Villanueva Ferrer.

TERCERO.- Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se acordó

formar el presente rollo de apelación y dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y se señaló para la votación y fallo del presente recurso de apelación la audiencia del día 15 de abril de 2015, fecha en la que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dª. Mª. del Camino Vázquez Castellanos, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso de apelación la Sentencia de 17 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 24 de los de esta Villa, en el Procedimiento Ordinario seguido ante el mismo con el número 92/2014, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., contra la resolución de 4 de diciembre de 2013, del Concejal Delegado de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Fuenlabrada, por la que se desestimó la reclamación de indemnización formulada el 14 de marzo de 2013, en concepto de responsabilidad patrimonial, en relación con la liquidación por tasa de los ejercicios de 2004, 2005 y 2006, por importe de 1.172.664,36 euros (incluyendo el importe de apremio 106.605,85 euros correspondientes a la premio), prevista en la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Fuenlabrada.

Frente a la citada Sentencia se alza en esta instancia jurisdiccional TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., solicitando que se admita el recurso de apelación y se revoque la Sentencia de instancia, y, en definitiva, se declare la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento de Fuenlabrada por infracción del derecho comunitario, ordenando el pago de la indemnización solicitada por importe de 1.172.664,36 euros, más los intereses de demora correspondientes, así como la improcedencia de la condena en costas a la recurrente al existir serias dudas de hecho y de derecho; de forma subsidiaria se solicita que, en el caso de que se considere que no existen serias dudas de hecho o de derecho, se limiten las costas al importe de 2.100 euros, y que se condene en costas al ayuntamiento demandado, tanto en el presente recurso de apelación como del recurso contencioso administrativo. En apoyo de dicha

pretensión, y, en esencia, se insiste por la apelante en la concurrencia de los requisitos precisos para la declaración de la responsabilidad patrimonial y del reconocimiento de su derecho a obtener la indemnización solicitada; la existencia de “violación suficientemente caracterizada” del derecho comunitario como requisito exigido por la jurisprudencia; infracción del artículo 106.2 de la Constitución así como de lo establecido en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du Pecheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93; reitera la apelante que el ayuntamiento de Fuenlabrada, en aplicación de su ordenanza fiscal que regula la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, emitió el día 22 de agosto de 2007 liquidación en relación con la tasa, correspondiente a los ejercicios 2004, 2005 y 2006, causante del daño objeto de la presente litis; que dicha liquidación fue posteriormente exigida por vía de apremio; que la actora es un operador de telefonía móvil que no ostenta la titularidad de las redes instaladas en el dominio público local radicado en el término municipal de Fuenlabrada; que la aplicación de la tasa de aquellos operadores que prestan sus servicios de telefonía móvil sin ostentar la titularidad de las redes instaladas fue declarada contraria al derecho comunitario por sentencia de 12 de julio de 2012 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; que la recurrente y apelante no tenía ninguna obligación de soportar la tasa que se le exigió al no ser titular de los recursos instalados en el dominio público local; que como consecuencia de la Sentencia de 12 de julio de 2012 solicitó del ayuntamiento de Fuenlabrada una indemnización por responsabilidad patrimonial y por el daño antijurídico causado, concretado en la cuantía del año en el importe de la tasa abonada correspondiente a los ejercicios 2004, 2005 y 2006, más el recargo del apremio (1.066.058,54 euros del principal más la cantidad de 106.605,85 euros el recargo de apremio), más los intereses de demora; que concurren los requisitos que han de estar presentes para que nazca la obligación de indemnizar por el Estado infractor, en el presente caso el ayuntamiento de Fuenlabrada como ente territorial que forma parte del Estado y sujeto responsable de la violación comunitaria; que, contrariamente a lo que se afirma en la sentencia apelada, concurre el requisito de la existencia de una violación suficientemente caracterizada dado que la infracción del derecho comunitario cometida por el ayuntamiento de Fuenlabrada al aplicar la tasa controvertida, ha de ser calificada como tal (habida cuenta de que: se extralimitó en su protestad reglamentaria al establecer un cuarto supuesto de tasa lo amparado por la Directiva 2002/20/CE que conlleva una doble imposición tanto los

titulares de redes como a los titulares; al dictar las liquidaciones causantes del daño no por los límites impuestos por el derecho comunitario a pesar de la existencia de jurisprudencia previa del TJUE y, en concreto, la sentencia de 18 julio 2006; e inobservancia de la sentencia del TJUE de 12 julio 2012 al no haber procedido de oficio, ni a instancia de parte, a reparar el daño); que el propio ayuntamiento admite que existía una sentencia anterior en un supuesto similar y que parece que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 24 pretende corregir lo ya admitido por la administración que conocía la controversia existente sobre la tasa; que, teniendo en cuenta lo que falla la sentencia del TJUE del 18 de julio de 2006, es evidente que estamos ante un caso idéntico en lo sustancial en la medida en que se trataba de un supuesto en el cual se pretendía grabar de nuevo por el uso privado de la red cuando ya había sido abonada la correspondiente tasa por el titular de la red; que desde el primer momento siempre ha advertido al ayuntamiento que el tributo era ilegal y que no estaba sujeta al pago de la tasa, habiendo sido clara desde siempre su oposición la cual era conocida por el ayuntamiento; que con motivo del recurso de reposición previo a la reclamación económico administrativa ya expresó que las liquidaciones en cuestión infringían el derecho comunitario; al folio 148 del expediente administrativo ya consta el informe jurídico emitido por el ayuntamiento de Fuenlabrada, así como a los folios 186 y 53, de donde se deriva que se había puesto ya de manifiesto la infracción del derecho comunitario como consecuencia de la liquidación de la tasa, estimando, por tal motivo, errónea la interpretación de la sentencia apelada; que no se puede supeditar la existencia de una violación suficientemente caracterizada a la actuación por parte del administrado de impugnar o no el acto lesivo ya que es suficiente una infracción manifiesta y clave del ordenamiento jurídico europeo por parte de la administración; el auto dictado por el TJUE, de 30 enero 2014; que es evidente que el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE no otorga al ayuntamiento de Fuenlabrada, en el ejercicio de sus competencias normativas, margen de apreciación alguno en la trasposición de la Directiva ya que en la misma se establecen taxativamente los únicos presupuestos respecto de los cuales será admisible la aplicación de un canon por los órganos de los estados miembros, norma que se considera precisa y clara por lo que, su trasposición, no ofrecía duda alguna; el legislador comunitario no otorga un margen de apreciación tan amplio a los estados miembros como para establecer un cuarto supuesto no contemplado en la Directiva; que en caso de duda no resulta lógico la aprobación de un tributo que deben soportar los administrados tal y como ha ocurrido en el presente caso en el que sea visto obligada a abonar un tributo declarado ilegal y cuyo

importe no le ha sido devuelto; que el ayuntamiento ha tenido oportunidad de paralizar el procedimiento de emisión de las liquidaciones cuando tuvo constancia de las dudas que se le planteaban; que la sentencia del TJUE es clara al afirmar que la normativa comunitaria se opone a la aplicación de un canon a los operadores que sin ser propietarios de los recursos los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil; que la administración se ha enriquecido de manera injusta; que la responsabilidad de la que estamos tratando es una responsabilidad objetiva y directa.

Por su parte, el **AYUNTAMIENTO DE FUENLABRADA**, impugnó el recurso de apelación en atención a las alegaciones que se contienen en su escrito de oposición y solicita se dicte Sentencia desestimatoria del recurso analizado y se confirme la Sentencia de instancia, por ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- La Sentencia apelada después de identificar en el primero de sus fundamentos de derecho la resolución administrativa recurrida, precisando lo que constituye el objeto de recurso contencioso administrativo, y después de realizar una somera identificación de los motivos del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 4 de diciembre de 2013 del Concejal Delegado de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Fuenlabrada, y de citar los requisitos que deben de concurrir para el reconocimiento de la indemnización solicitada, de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, con cita expresa de la Sentencia de 5 de marzo de 1996, expresa que el debate se centra en la concurrencia del identificado como “segundo” de los requisitos, de conformidad con dicha doctrina, requisito contenido en la expresión “que la violación del derecho comunitario esté suficientemente caracterizada”; y, a continuación cita, y, en parte transcribe, la Sentencia del TJUE, Pleno, de 5 de marzo de 1996 nº C- 46/199, nº C- 48/1993, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 4ª, de 11 de junio de 2013, recurso 10/2012, y, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003; en el cuarto de sus fundamentos de derecho razona el rechazo de las alegaciones formuladas por la actora en su demanda y al no compartir los criterios expresados en la misma.

TERCERO.- Una consolidada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de la que son fieles exponentes sus Sentencias de 25 de junio y 24 de julio de 1996, viene declarando que el recurso de apelación contencioso-administrativo tiene por objeto depurar el resultado procesal obtenido con anterioridad, de suerte que el contenido del escrito de alegaciones de la parte apelante ha de consistir precisamente en una crítica de la sentencia impugnada, que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en la primera instancia por otro distinto, siendo, por tanto, el recurso de apelación un remedio procesal que se concede a las partes para combatir aquellos fallos que se consideran contrarios a sus intereses, actuándose, a su través, una pretensión revocatoria que, como toda pretensión procesal, requiere la individualización de los motivos que le sirven de fundamento, a fin de que el Tribunal de apelación pueda examinarlos y pronunciarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que venga ejercitada, y, por ello, se viene declarando con machacona reiteración que, al reproducirse en el escrito de alegaciones formulado en el trámite de apelación el contenido del escrito de demanda, o al limitarse aquél, simplemente, a dar por reproducidos todos los argumentos vertidos ante el Tribunal de instancia, sin que se haga motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, se incurre, en realidad, en una práctica omisión de las alegaciones correspondientes a las pretensiones deducidas, o intentadas deducir, en la segunda instancia, omisión que, aunque no sea enteramente equiparable al abandono del recurso, sí conduce a desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia apelada, siempre que ésta no consagre una infracción legal que pueda ser corregida sin menoscabo del carácter rogado del proceso, toda vez que, si bien el recurso de apelación traslada al Tribunal ad quem el total conocimiento del litigio, no está concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia ante un Tribunal de distinta jerarquía, sino como una revisión de la sentencia apelada tendente a depurar la resolución recaída en aquél, y, de ahí, la necesidad de motivar la pretensión de que la sentencia apelada sea sustituida por otra diferente, pues, aunque ante el Tribunal ad quem siga combatiéndose el mismo acto que se impugnaba ante el Juzgador a quo, lo que se recurre en apelación son, ciertamente, los pronunciamientos de éste último, y, por ello, y en consecuencia, el ignorar tales pronunciamientos y eludir todo análisis crítico en torno a los mismos puede conducir a la desestimación del recurso.

En el caso que venimos analizando aún cuando la representación procesal de la administración demandada viene a denunciar en su escrito de oposición al recurso de apelación cierta reiteración en la que estima incurre la actora al expresar los motivos en

atención a los cuales solicita la revocación de la sentencia de instancia, es lo cierto que tampoco llega a articular una pretensión desestimatoria del recurso de apelación en atención a una defectuosa técnica en la redacción del escrito de apelación. Tal proceder puede derivarse, posiblemente, del reconocimiento de que la cuestión sobre la que, en definitiva, pivota la decisión de la cuestión controvertida se refiere a una cuestión interpretativa y sobre la que las partes, en los escritos rectores del procedimiento, vienen a insistir sosteniendo su pretensión. Por ello, si bien en el escrito de apelación contiene referencias concretas a la sentencia apelada y a la razón de decidir la sentencia apelada, que no se comparte, ciertamente y en definitiva, las razones expuestas en los escritos de apelación y de oposición a la apelación, como en los escritos de demanda y de contestación a la demanda, insisten en una reiteración de los argumentos en los que se sustenta la pretensión. Así, la representación procesal del ayuntamiento demandado, en el tercero de sus fundamentos de derecho, viene a decir que parte de las manifestaciones realizadas por la apelante no son más que una reiteración de lo ya dicho en fases precedentes sin que nada nuevo aporte al debate, pero dicha parte confiesa abiertamente que, a fin de no incurrir en la misma reiteración, se remite a lo dicho en su escrito de contestación a la demanda, no sin antes referirse al enriquecimiento injusto que supondría para la compañía actora reconocerle el derecho a obtener la indemnización que solicita porque, alega, una determinada parte de la cantidad solicitada en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial ha sido por ella abonada como consecuencia de su pasividad, en concreto, la cantidad relativa al recargo de apremio y representada por la cantidad de 106.605,85 euros, y, por otra parte, porque otra determinada parte de la cantidad solicitada por el mismo concepto, la cantidad relativa al gasto que ya se hubiera deducido como consecuencia del pago del alquiler de la infraestructura utilizada, resultaría doblemente percibido.

CUARTO.- La jurisprudencia comunitaria, en los términos que se exponen con extraordinaria claridad desde la sentencia de 5 de marzo de 1996 (Brasserie du Pêcheur, c-46/93), posteriormente reiterados en numerosos pronunciamientos, nos recuerda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 (ROJ: STS 501/2015, Recurso 161/2013, *"tiene declarado que "el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente*

caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas” .

En cuanto a esos tres requisitos, el segundo es, ciertamente, el que más dificultades plantea a efectos de su concreción, de suerte que ha sido el propio TJUE el que ha sentado los criterios decisivos que deben seguir los jueces nacionales para considerar que, efectivamente, una violación del Derecho comunitario reúne la condición de "suficientemente caracterizada", señalando que el esencial es el de "la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación", para lo cual habrá de considerarse "el grado de claridad de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades, el carácter intencional o involuntario de la infracción o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho Comunitario" .

Se ha dicho también por ese mismo Tribunal de Justicia que "una violación del Derecho Comunitario es manifiestamente caracterizada 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 las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido", que "la obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario" y que "una mera infracción del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro puede constituir una violación suficientemente caracterizada, pero no la constituye necesariamente" .

Por último, no está de más recordar que, según la repetida jurisprudencia del Tribunal de Justicia, "la obligación, a cargo de los Estados miembros, de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones de Derecho comunitario que les son imputables no puede limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento reprochado".

Trasladando estas consideraciones al supuesto analizado puede afirmarse con seguridad que el legislador español (en los artículos 97 y 165 de la Ley del IVA, en la

redacción aplicable al caso) no respetaba en su integridad el Derecho europeo en cuanto exigía imperativamente unos requisitos (formales y contables) para la deducción del tributo auto-repercutido yendo más allá de las posibilidades que le otorgaban los artículos 18 y 22 de la Sexta Directiva. Tal infracción, sobre cuya existencia no se suscita controversia entre las partes, fue nítidamente señalada en la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2008 (Ecotrade, c- 95/07 y c-96/07) en relación con unos preceptos de la legislación italiana prácticamente idénticos en su contenido a los de nuestra Ley del IVA en la redacción anterior al 1 de enero de 2004.

La aplicación de tales preceptos de la ley española produjo al recurrente, como se ha razonado, un daño económico perfectamente cuantificado en la suma a la que ascienden los intereses de demora como consecuencia de la negativa por la Inspección a reconocer el derecho a la deducción como consecuencia del incumplimiento de aquellas obligaciones formales.

*Dicha infracción, como se ha dicho más arriba al reproducir la jurisprudencia comunitaria, no constituye necesariamente una violación suficientemente caracterizada del Derecho europeo que justifique, per se, el derecho a la reparación del daño irrogado, sino que es necesario, además, que deba reputarse como "**manifiesta y grave**", para lo cual hemos de analizar si concurren en la violación los parámetros que justificarían tal calificación (la claridad de la norma europea conculcada, el margen de apreciación que la Sexta Directiva dejaba al legislador en este punto, la naturaleza del error cometido por las autoridades españolas o la actitud de esas mismas autoridades una vez identificada la infracción).*

Desde esta perspectiva, hemos de anticipar que la Sala no considera que la violación normativa en que se basa la pretensión indemnizatoria pueda calificarse de suficientemente caracterizada."

QUINTO.- Como se pone reiteradamente de manifiesto a través de los escritos, de demanda y de contestación, y de apelación y de oposición a la apelación, el debate de la cuestión controvertida fundamentalmente se refiere a la que se estima correcta interpretación, de conformidad con la jurisprudencia, de uno de los requisitos cuya presencia debe constatarse para poder declarar la responsabilidad patrimonial por vulneración de la

normativa comunitaria, tal y como pretende la parte actora. No existe cuestión acierta en debate acerca de los hechos constatados en el expediente administrativo y que, tanto en la resolución administrativa recurrida como en los informes y dictámenes integrados en el expediente administrativo, se refieren a la fecha de la notificación de la liquidación provisional de la tasa por aprovechamiento del dominio público realizada el día 22 de agosto de 2007 por el ayuntamiento de Fuenlabrada, correspondiente a los ejercicios 2004, 2005 y 2006 por importe de 1.066.058,54 €; que contra la citada liquidación la actora y apelante interpuso recurso de reposición que fue inadmitido por extemporáneo; que frente a dicha resolución se interpuso reclamación económico administrativa ante el tribunal económico administrativo de Fuenlabrada que acordó su inadmisibilidad al estimar que se había planteado frente a un acto administrativo firme y consentido; que, posteriormente, la actora y apelante interpuso recurso contencioso administrativo que fue desestimado por Sentencia de 29 de septiembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 13 de los de Madrid; la sentencia dictada el día de 12 julio de 2012, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resolviendo las cuestiones perjudiciales planteadas por el Tribunal Supremo, y según la cual *"el artículo 13 de la directiva 2002/20/CE… debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad privada o pública, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilicen para prestar servicios de telefonía móvil"*, y según la cual dicho *"artículo 13 de la directiva 2002/20/CE tiene efecto directo de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de la resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo";* que como consecuencia de dicha Sentencia el Tribunal Supremo dicta la Sentencia de 10 octubre 2012 (Recurso 4307/2009) anulando una Ordenanza Fiscal similar al caso; dicha doctrina también se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2013 (recurso 2783/2010) que estimó un recurso de casación interpuesto 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.

Habiéndose formulado reclamación responsable patrimonial el día 14 de marzo de 2013 ante el ayuntamiento de Fuenlabrada, se ordenó en fecha 16 abril 2013 el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial en el curso del cual se emitió dictamen por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, obrante en el expediente administrativo,

habiendo concluido dicho expediente por resolución desestimatoria de la reclamación de fecha 4 de diciembre de 2013.

La sentencia apelada, analizando la jurisprudencia que en ella se cita, y respecto al que se identifica como segundo requisito "violación suficientemente caracterizada", recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que indica que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de este requisito, y que ha venido estableciendo unas pautas para orientar a los Tribunales Nacionales, citando como criterios a tener en cuenta en este punto: "*a) Nivel de claridad y precisión de la disposición infringida; b) Mayor o menor margen de apreciación de que disponga el Estado miembro en relación con la norma vulnerada; c) Carácter intencionado o involuntario de la infracción y del perjuicio; d) Excusabilidad o inexcusabilidad del error de derecho; e) Que la conducta de una institución comunitaria haya podido contribuir a la infracción del Derecho comunitario en que ha incurrido el Estado miembro.*" También recuerda que la infracción tendrá el carácter de suficientemente caracterizada "*siempre que el Estado miembro no disponga de margen de apreciación, de modo que cuanto mayor sea éste menor será el riesgo de que la infracción revista aquel carácter. Por el contrario, el riesgo será mayor cuanto más precisas sean las obligaciones impuestas por la norma comunitaria al Estado miembro. Por tanto, si la infracción de la norma es manifiesta, si la interpretación dada por el Estado miembro a la norma comunitaria es inaceptable por manifiestamente errónea, si la jurisprudencia del Tribunal ha aclarado situaciones análogas y por tanto el Estado miembro debía conocer el criterio del Tribunal y la interpretación correcta, es indudable que en estos casos la infracción será suficientemente caracterizada. Por el contrario cuando una norma pueda dar lugar a más de una interpretación conforme con el Derecho comunitario, cuando la norma resulta imprecisa y se ha actuado de buena fe por el Estado miembro, en estos casos no cabe hablar de infracción suficientemente caracterizada hábil para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado miembro*".

Se razona en la instancia el rechazo de la alegación relativa a la analogía de las situaciones que la jurisprudencia del Tribunal haya aclarado y que, por tanto, el Estado miembro debía de conocer el criterio, así como la correcta interpretación de la cuestión controvertida, al estimar que la cuestión ya resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 18 de julio de 2006 resuelve un supuesto distinto al supuesto en ella analizado y habida cuenta de que dicha Sentencia declara que la Directiva se opone a la

normativa nacional que sujeta al titular de una licencia individual para el suministro de una red pública de telecomunicaciones al pago de una contribución complementaria por la utilización privada de dicha red y calculada según unos criterios que no se corresponden con los previstos en la Directiva, pero sin que se pueda estimar que la Sentencia de 18 de julio de 2006 realice una interpretación concreta del artículo 13 de la Directiva ni tampoco de la tasa prevista en la Ordenanza municipal; también, porque debe entenderse que dicha cuestión no fue resuelta con anterioridad habida cuenta de que la liquidación de la tasa se giró en el año 2007 y la Providencia de Apremio fue dictada en junio de 2008, resoluciones de fecha anterior a la fecha en la que fue dictada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Finaliza dicho inciso la sentencia apelada refiriendo que tampoco consta que la recurrente alegara esta cuestión ni que impugnara la providencia de apremio por vulneración del Derecho Comunitario.

Evidentemente, la apelante afirma en su recurso de apelación, estamos ante un caso idéntico en lo sustancial al resuelto por la sentencia del TJEU del 18 de julio de 2006.

Sin embargo dicha sentencia se refiere en su fallo al artículo 11 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales, en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, en el sentido de que se opone a una normativa nacional que sujeta al titular de una licencia individual para el suministro de una red pública de telecomunicaciones, por la cual ha pagado una contribución como la contemplada en dicho artículo, al pago de una contribución complementaria por la utilización privada dicha red y calculada según los criterios que no corresponden a los previstos en dicho artículo.

Por tanto, no se puede compartir la razón de la crítica de la sentencia apelada expuesta por la apelante dado que el caso resuelto no se puede considerar idéntico habida cuenta del objeto concreto de la directiva 2002/20/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo cuyo artículo 13, en cuestión, viene referido a los cánones por derechos de uso y por derechos de instalar recursos, y su contenido y dicción difiere del anteriormente citado artículo 11 de aquella Directiva, de tal manera que el artículo sobre el que se plantea la cuestión prejudicial establece expresamente 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…*".

Como expresamente se recoge en el Dictamen del Consejo Consultivo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012 reconoce en su apartado 30 que el Tribunal Supremo, juez nacional y al mismo tiempo juez natural del derecho comunitario, no tenía dudas sobre la interpretación de la Directiva sino que consideraba la tasa conforma la normativa comunitaria, habiendo planteado la cuestión prejudicial, no obstante, al tratarse de un Tribunal cuyas decisiones no admiten ulterior recurso.

También como expresamente se reflexiona en el citado dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la Sentencia del Tribunal de Justicia reconoce que la Directiva Autorización 2002/20/ CE no define el concepto de instalación de recursos, ni el concepto de recursos, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a la instalación. Así, también se dice que a esa indeterminación de los conceptos se refiere la propia Abogacía General y si bien al analizar si la utilización de los recursos pertenecientes a otra empresa constituye un hecho que puede dar lugar a la imposición de un canon, cuestión que considera debe ser resuelta negativamente, también se refiere en sus conclusiones a la falta de definición específica en la Directiva Autorización del concepto de recurso o a la instalación de recursos, concluyendo que la lectura del artículo 13, conjuntamente con otras definiciones de directivas conexas, "sugiere" que el término recurso únicamente puede interpretarse en el sentido de que designa las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de telecomunicación.

La propia Sentencia del Tribunal de Justicia dice (el subrayado es nuestro) "17. En las resoluciones de remisión, el Tribunal Supremo, analizando en primer lugar los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, <u>alberga dudas</u> acerca de la <u>competencia</u> de los Estados miembros para imponer un canon por derechos de instalación de recursos no sólo al operador que es titular de la red de telecomunicaciones electrónicas, sino también a los operadores que únicamente reciben servicios de interconexión y que, en consecuencia, <u>se limitan a acceder a dicha red y a utilizarla.</u> 18 En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si los cánones controvertidos <u>responden a las exigencias</u> del artículo 13 de la Directiva autorización".

La citada sentencia también expresa que "el órgano jurisdiccional remitente 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"; y que en la

Directiva autorización no se definen 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, señalando a continuación que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir, a aquella que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el espacio situado por encima del suelo, y acogiendo las conclusiones de la Abogado General en el sentido de que los términos «recursos» e «instalación» remiten, respectivamente, a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate. De ello se desprende, se razona, que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella, y, por lo tanto, se señala que no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal que se aplican a los operadores que sin ser propietarios de dichos recursos los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público. En definitiva las consideraciones efectuadas por el Tribunal conducen a responder a la cuestión relativa a la interpretación correcta de lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva autorización, artículo titulado “Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos”, cuya dicción comienza señalando que “Los Estados miembros podrán permitir… la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias…”

Por tanto, habida cuenta de que la configuración de la tasa en cuestión también pretendía gravar el uso indirecto del suelo público que efectuaban las operadoras de telefonía que no eran titulares de las instalaciones pero que llegaban a acuerdos de remuneración con los titulares de las mismas, y habida cuenta de esa supuesta “razonabilidad” de la tasa que no solamente contempla como sujeto pasivo al titular del recursos sino también al que utilice el recurso, esto es, la razonabilidad del tributo, ya sea directa o por terceros, y que puede dar lugar a la percepción de una compensación económica al titular del mismo como consecuencia de la utilización por un tercero, la clara y palmaria violación del derecho comunitario que permita calificar la misma de suficientemente caracterizada no parece evidente.

Tampoco desde la perspectiva de la posibilidad de que con anterioridad hubiera sido conocida que la misma cuestión hubiera sido resuelta con anterioridad pues la liquidación de la tasa se realizó en el año 2008 y no fue recurrida por la reclamante a diferencia de los siguientes trimestres de dicho año cuyos recursos permitieron a la actora obtener la devolución.

Finalmente deben rechazarse las alegaciones formuladas por la apelante respecto a que se le hubiera causado indefensión como consecuencia de realizarse en la sentencia apelada una errónea interpretación respecto a la denuncia de la vulneración del derecho comunitario que hubiera sido realizada por la actora con anterioridad y a través de los recursos que hubiera interpuesto contra las liquidaciones provisionales de la tasa por aprovechamiento del dominio público, o con ocasión de la reclamación económico administrativa formulada, es necesario significar que la referencia que se realiza respecto a que se hubiera realizado una anterior denuncia de dicha violación del derecho comunitario por parte de la actora no constituye la razón de decidir y, por tanto, no tiene el alcance que la parte pretende atribuirle al afirmar una supuesta indefensión. En el discurrir de la sentencia apelada, cuyos razonamientos compartimos, no se vincula el análisis del requisito consistente en la violación suficientemente caracterizada de la norma comunitaria, al hecho de que dicha violación si hubiera denunciado con anterioridad por el interesado en cada una de las instancias a las que hubiera tenido ocasión de acudir, ni tampoco se condiciona como presupuesto para poder ejercitar el derecho a solicitar la responsabilidad patrimonial de la administración, por lo que la denuncia que en fase de apelación se realiza respecto a la impugnación de la providencia apremio por vulneración del derecho comunitario no puede tener favorable acogida.

Todo lo expuesto conduce a la desestimacion del recurso analizado y a la confirmación de la Sentencia de instancia al descartar que la infracción del ordenamiento comunitario sea suficientemente caracterizada.

SEXTO.- La sentencia de instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, que establece el criterio del vencimiento objetivo, impuso las costas a la actora. Se reclama la revocación de la sentencia apelada en este particular relativo a las

costas procesales refiriéndose la apelante a la cuantía del procedimiento así como el esfuerzo de dedicación y estudio exigido por las circunstancias concurrentes y la complejidad y transcendencia de los temas suscitados, solicitando la improcedencia de la condena en costas al estimar que concurren serias dudas de hecho o de derecho, o, subsidiariamente, que se limiten al importe de 2.100 euros. Este tribunal aceptando las razones expuestas por la apelante al fundamentar la no imposición de las costas procesales en la instancia, estima procedente dicha pretensión por lo que la estimación del presente recurso de apelación lo debe ser únicamente en el particular relativo a las costas procesales causadas en la instancia cuya imposición se estima que no resulta procedente respecto de la parte en atención a dichos motivos.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, no procede imponer las costas del presente recurso de apelación, al haberse estimado en parte.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,
Por la potestad que nos confiere la Constitución Española;

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de apelación número **24/15** interpuesto por la mercantil **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A,** representada por la Procuradora doña Ana Llorens Pardo, contra la Sentencia de 17 de octubre de 2014, únicamente en el particular relativo a la imposición de costas procesales realizada en la instancia declarando no haber lugar a dicha imposición; sin que proceda realizar imposición de las costas procesales de las causadas en esta instancia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciéndoles la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por esta Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente, Ilma. Sra. Dª. Mª. del Camino Vázquez Castellanos, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de lo que, como Secretaria, **CERTIFICO.**