

CARMEN RIBAS BUYO
Procurador de los Tribunales

FECHA NOTIFICACION :14/04/16
M/ REF.: 7699
LETRADO:HELENA LUCIO VICIANA
FINE PLAZO:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Rollo de apelación nº 295/2015

Parte apelante: TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.

Parte apelada: AJUNTAMENT DE TERRASSA

S E N T E N C I A N º 265/2016

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. EDUARDO BARRACHINA JUAN

MAGISTRADOS

D^a. M^a LUISA PÉREZ BORRAT

D^a MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ

En la ciudad de Barcelona, a seis de abril de dos mil dieciséis

**VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA),
constituida para la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en**

el nombre del Rey, la siguiente Sentencia para la resolución del presente recurso de apelación, interpuesto por TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Manjarín Albert, y asistida por el Letrado D. Antonio Puentes Moreno contra la sentencia nº 216/15 de fecha 16/7/15, recaída en el Procedimiento Ordinario nº 28/14 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 8 de Barcelona, al que se opone el AJUNTAMENT DE TERRASSA, representado por la Procuradora D^a Carme Ribas Buyo, y defendido por la Letrada D^a Helena Lucio Viciano.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Doña M^a Luisa Pérez Borrat, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 16/07/2015 el Juzgado Contencioso Administrativo nº 8 de Barcelona, en el Recurso ordinario seguido con el número 28/2014, dictó Sentencia contra la resolución 4129 de 7-0514 del Teniente de Alcalde de Área de Hacienda y Servicios Generales, Ayuntamiento de Terrassa, por la que se desestima la solicitud de la reclamación patrimonial formulada por Telefónica Móviles España, SA, por los daños sufridos por el cobro de la tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general. Sin expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección.

TERCERO.- Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 4 de abril de 2016.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de la parte actora, Telefónica Móviles España, S.A., impugna la Sentencia nº 216/2015, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Barcelona en el procedimiento ordinario nº 28/2014, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad apelante contra la desestimación presunta, por silencio negativo, de la solicitud de indemnización por vulneración del Ordenamiento Comunitario frente al Ayuntamiento de Terrassa. Posteriormente, se amplió el recurso a la resolución expresa nº 4129, de 7 de mayo de 2014, dictada por el Teniente de Alcalde del Área de Hacienda y Servicios Generales, que desestimó expresamente la solicitud de reclamación patrimonial formulada por los daños sufridos por el pago de la tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas exploradoras de servicios de suministros de interés general en el expediente T7S0013, correspondiente al ejercicio 2006, con número de recibo OS200600007635 por importe de 412.184,16 €, abonada el 4 de abril de 2011.

La responsabilidad patrimonial se sustentaba en la STJUE, de 12 de julio de 2012, que resolvió que no era posible la aplicación de un canon a empresas que no fueran titulares de recursos para prestar servicios de telefonía móvil, al amparo del art. 139 y s.s. de la Ley 30/1992.

Reconoce en su recurso de apelación que utiliza redes de telecomunicaciones e instalaciones de titularidad de otras empresas (sosteniendo la falta de relación entre Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica de España SA con la empresa Telefónica SA-Grupo Telefónica) que le ceden los derechos de acceso a dichas redes e instalaciones a cambio de una contraprestación, uso por el que se giró la liquidación cuyo pago se reclama en el presente. La entidad impugnó en vía administrativa dicha liquidación, continuando la vía jurisdiccional que fue desestimada, acudiendo a la vía de la responsabilidad patrimonial.

Considera que sí se está ante una violación suficientemente caracterizada del Derecho Comunitario porque los conceptos recursos y derechos de instalación estaban claros en el art. 13 de la Directiva autorización, por lo que sería procedente la indemnización, ya que el Consistorio se extralimitó en su potestad

reglamentaria e inobservó los límites impuestos por el Derecho Comunitario a pesar de existir jurisprudencia previa del TJUE sobre la materia antes de la Sentencia de 12 de julio de 2012 (sentencia de 18 de julio de 2006, “Nuova società di telecomunicazioni”, asunto C-339/04).

Señala que desde el primer momento estaba claro que la Administración local no podía crear un impuesto que gravara a quienes no son titulares de las redes y que la Directiva 2002/20/CE era clara y solo permitía gravar al dueño de las redes o instalaciones, que era el único que podía ser sujeto pasivo del tributo y la Sentencia indicada no ha hecho más que reconocer un derecho a la parte litigante.

También pone de relieve la necesidad de una coherencia interna en la actuación Administrativa, que podría haber paralizado el procedimiento de emisión de la resolución desestimatoria de la devolución cuando tuvo conocimiento de las dudas que planteaba la entidad recurrente y no lo hizo, sino que continuó a lo largo de los años aprobando liquidaciones y otros actos administrativos. Concretamente, la parte recurrió las liquidaciones de los años 2009 y 2010 en vía jurisdiccional y el Ayuntamiento procedió a anularlas, por lo que al anular las liquidaciones posteriores el Ayuntamiento va en contra de sus propios actos al reconocer la nulidad de otras liquidaciones pero no la de la aquí debatida.

Y los ejemplos que citan son un fiel reflejo de que carece de relevancia que el Ayuntamiento conociera o no la ilegalidad del tributo pues, incluso albergando dudas sobre su legalidad, el afán recaudatorio le animó a seguir emitiendo liquidaciones en perjuicio del contribuyente, al constar ya la cuestión prejudicial elevada ante el TJUE. Tales actuaciones generaron una expectativa en la apelante respecto a que sus pretensiones se iban a ver satisfechas en la medida en que en varias ocasiones en las mismas circunstancias y condiciones las liquidaciones habían sido anuladas, una actividad contraria a lo anterior conculca la doctrina de los actos propios (art. 7 del Código Civil y STS de 8 de marzo de 2006, recurso 2342/99).

Razona que se aprobó un tributo ilegal que fue abonado por los administrados y que el hecho de que el importe satisfecho no le sea devuelto -siquiera por la vía de la indemnización- dará lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración a costa, en este caso, de la apelante.

Respecto a la infracción suficientemente caracterizada, afirma que exige tan solo la existencia de una infracción manifiesta del Derecho Comunitario. Según la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, la normativa comunitaria “*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*” y el tributo aquí recaudado que el Ayuntamiento no restituye al contribuyente se opone al Derecho Comunitario.

Por otra parte, el Ayuntamiento aprobó en 2014 una nueva Ordenanza en relación con la Tasa sobre Telefonía Móvil, adaptándola a la Sentencia del TJUE, siendo el sujeto pasivo de la tasa el titular de las redes.

Del mismo modo, examina el alcance temporal de las Sentencias del TJUE. La jurisprudencia de dicho Tribunal ha establecido que, con carácter general, éstas tendrán efectos “*ex tunc*” salvo que el tribunal con carácter excepcional limite dichos efectos, circunstancia que no se ha dado en la Sentencia de 12 de julio de 2012. Si el Tribunal hubiera considerado que la Administración actuó de buena fe o que al resarcir a los particulares se produciría un daño mayor que el causado, hubiera limitado los efectos temporales de la Sentencia, lo que no ha ocurrido por lo que considera que el importe satisfecho (ejercicio 2006) debe ser devuelto, en este caso, por la vía de la indemnización. Además, en este caso el Ayuntamiento no procedió ni de oficio ni a instancia de parte a revocar todos aquellos actos de aplicación de la tasa declarada contraria a Derecho de la Unión (aunque haya anulado algunos).

Invoca el art. 280 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el art. 260.1 conforme al que si un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal y, reitera, la norma en este caso era clara. A tales efectos transcribe un párrafo del informe del Abogado General evacuado en la cuestión en la que recayó la Sentencia de 12 de julio de 2012.

En consecuencia: i) El Ayuntamiento se extralimitó en su potestad reglamentaria al establecer un cuarto supuesto de tasa no amparado por la Directiva 2002/20/CE; ii) El Ayuntamiento inobservó los límites impuestos por el Derecho Comunitario, al existir jurisprudencia previa del TJUE sobre la materia

(Sentencia de 18 de julio de 2006), a la hora de aprobar las liquidaciones tributarias que han causado el daño por el que se reclama; iii) El Ayuntamiento no ha procedido ni de oficio ni a instancia de parte a reparar el daño causado por el establecimiento y aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión, lo que implica una manifiesta infracción del principio de cooperación contenido en el art. 4 del Tratado de la UE (anteriormente art. 10) y del art. 260 del TFUE; iv) Con su actuación antijurídica, el Ayuntamiento está imponiendo y perpetuando una situación contraria al mandato contundente y claro del Legislador Comunitario; y v) El Ayuntamiento va en contra de sus propios actos al haber anulado actos idénticos respecto a otros periodos manteniendo una legalidad injustificada y sin base.

Por último, señala que el sistema de responsabilidad patrimonial regulado en nuestro es de naturaleza objetiva y no parece coherente exigir mayores requisitos a los daños producidos por una violación del Derecho Comunitario que por infringir normas de Derecho Nacional, sobre todo por un acto que debería ser declarado nulo de pleno Derecho por lo que no debería tenerse en cuenta la prescripción tributaria.

Por todo ello, considera que concurren todos los presupuestos para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y que el recurso de apelación ha de ser estimado, con revocación de la Sentencia de instancia y con estimación del recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- La Administración demandada se opone al recurso de apelación partiendo de que la liquidación satisfecha por la entidad apelante, cuya indemnización se reclama, se liquidó en aplicación de la Ordenanza Fiscal 3.39 del Ayuntamiento reguladora de la tasa de utilización privativa del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, publicada en el BOP de Barcelona de 31 de diciembre de 2005.

Y tal liquidación fue impugnada en vía administrativa y jurisdiccional. Tanto la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Barcelona, de 28 de enero de 2010, (recurso contencioso-administrativo 456/2008) como la Sentencia de la Sección 1ª de esta Sala, de 21 de octubre de 2010, (rollo de apelación 81/2010) desestimaron los recursos y confirmaron la liquidación impugnada, procediendo la actora a ingresarla el 4 de abril de 2011.

El 13 de febrero de 2013, una vez conocida la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, la recurrente formuló la presente reclamación por responsabilidad patrimonial solicitando una indemnización por la cantidad satisfecha, sobre la base de que la Ordenanza antes citada contravenía el art. 13 de la Directiva 2002/20/CE, según dispuso la Sentencia citada (asuntos acumulados C-55/11; C-57/11 y C-58/11).

En primer lugar, la parte apelada alega que se han vulnerado los requisitos exigibles al contenido de los recursos de apelación porque el recurso formulado de contrario viene a ser una reiteración de los argumentos esgrimidos en la instancia y no una crítica de la Sentencia de instancia.

En segundo lugar, examina la titularidad de la red y la relación directa e indudable entre Telefónica Móviles España, Sau y Telefónica de España de España SA con Telefónica SA (Grupo telefónica), extremo que puso de relieve en la instancia y que no ha sido examinado en la Sentencia de instancia por innecesario. Sostiene que es un hecho público y notorio que Telefónica Móviles España, SAU (que tiene como único socio a la empresa Telefónica SA, empresa principal del Grupo Telefónica y que figura como sociedad dependiente en el informe de auditoría) forma parte del grupo empresarial Telefónica, por ser una de las principales empresas del país, siendo Telefónica de España SA la titular de las redes que ocupan el dominio público local, lo que le lleva a negar que pueda argumentarse que Telefónica Móviles España, SAU no sea titular de la red que ocupa el dominio público local porque tanto dicha sociedad, como la propietaria de la red Telefónica de España, SAU son titulares de Telefónica SA, sociedad principal del Grupo de empresas de modo que en la práctica se confunden la supuesta titularidad de la red y la arrendataria de la misma.

También se opone a la indemnización que se pretende invocando la Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 1996 (Brasserie du Pecheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93), que exige un triple requisito:

- i) Atribución de derechos subjetivos a los particulares por la norma comunitaria conculcada.
- ii) Existencia de una infracción suficientemente caracterizada, y

iii) Existencia de un nexo causal entre la violación de la norma comunitaria imputable al Estado y el perjuicio económico irrogado al administrado.

Coincide con la Sentencia que rechaza la reclamación patrimonial sobre la base de que no concurre el requisito del apartado ii), es decir, que la infracción cometida por el Estado legislador ha de ser una infracción suficientemente caracterizada porque no estamos ante una inobservancia manifiesta y grave del Derecho Comunitario (o extralimitación manifiesta y grave del Estado en la aplicación del Derecho Comunitario), presupuesto que ha sido tratado en diversas STJUE y TS a la que se ha referido como “inobservancia manifiesta y grave” del Derecho Comunitario (STS de 23 de octubre de 2010, núm. 504/2007, RJ 2011/680).

Para apreciar dicho requisito ha de analizarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada; la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias; el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado; el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, adopción o mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho Comunitario (Sentencias *Brasserie du Pêcheur* y *Köber*, de 30 de septiembre de 2003 (asunto 224-01, entre otras).

Seguidamente examina la gran imprecisión de la norma vulnerada interpretando la STJUE de 12 de julio de 2012 que origina la presente reclamación por responsabilidad patrimonial y que expone la necesidad de centrar la cuestión a examinar: determinar si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en virtud del art. 13 de la Directiva autorización permite la aplicación de cánones como los del procedimiento principal, en tanto en cuanto se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los hacen servir para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así aquel dominio público.

En el considerando 31 el Tribunal entra a interpretar el alcance de la norma partiendo de que si bien en la Directiva autorización no se definen, como a tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon meritado

por los derechos correspondientes a dicha instalación. Ante tal indefinición, pasa a delimitar los términos “recursos” e “instalación” que remiten 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 trata (fundamento 32) concluyendo en el fundamento 33 que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplados en el art. 13 de la Directiva autorización el titular de los derechos, que sea también propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate o por encima o por debajo de ella.

En consecuencia, entiende que la Directiva autorización no imponía un ejercicio automático, sencillo o sin margen de apreciación o de interpretación para el legislador Español cuando aprobó el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (art. 20) que resultó contrario a la Directiva autorización en lo que a los explotadores no propietarios de la red se refiere. Añade que incluso desde un punto de vista lingüístico ofrecía dudas su interpretación. En consecuencia no está claro el sentido de “instalación de recursos” ni el de “obligado al pago” por lo que no se puede llegar a la conclusión de que el margen que tenía el Estado español a la hora de configurar el hecho imponible en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que es la que permitió la aprobación de la Ordenanza Fiscal, no fuera amplio.

Tampoco existe jurisprudencia reiterada sobre la interpretación de esta cuestión, pues la STJUE de 12 de julio de 2012 fue la primera que la examinó. Invoca la Sentencia “Köber”, de 30 de septiembre de 2003, que apreció que no concurría este presupuesto porque a la luz del Derecho comunitario la respuesta no era evidente porque el TJUE no se había podido pronunciar sobre una cuestión que no se había regulado de forma expresa y clara. Y la Sentencia TJUE de 12 de julio de 2012 se dictó en el marco de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo lo que evidencia que existía una duda sobre la vulneración del derecho europeo, no una certeza absoluta.

Tampoco ha habido intencionalidad en la actividad administrativa por lo que la infracción cometida y el daño causado son absolutamente involuntarios. Los Ayuntamientos no tienen competencia legislativa y su potestad reglamentaria es imperativa lo que impide la imputación de voluntariedad que hace la contraparte pues el Consistorio se limitó a incorporar a la Ordenanza Fiscal lo establecido por el legislador estatal. Por ello, si alguien debería responder sería el legislador

estatal que es, además, el destinatario de las Directivas Comunitarias y que efectuó la trasposición mediante la Ley 32/2003 (art. 133 de la CE y 106 de la Ley 7/1985, reiterando las SSTS de 8 de noviembre de 2012 y 18 de enero de 2013 que pusieron de manifiesto que la consecuencia inmediata de la STJUE de 12 de julio de 2012, sería obligar al legislador estatal a modificar el Texto Refundido de las Haciendas Locales).

Del mismo modo, justifica el carácter absolutamente excusable de un eventual error de Derecho pues la liquidación cuyo importa ahora reclama es del año 2006 y fue confirmada incluso judicialmente por lo que el Ayuntamiento está amparado bajo el paraguas de la ratificación judicial de sus actos y hasta que no se dictó la STJUE era absolutamente imposible que la Administración tuviera la más mínima sospecha de que actuaba contraviniendo la voluntad del legislador europeo.

Además, al aprobar la Ordenanza Fiscal no hacía más que cumplir el mandato del legislador estatal y el TS en su Sentencia de 10 de octubre de 2012 afirma que la Sentencia del TJUE obligará a los tribunales a “corregir” su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL y su la percepción de que su actuación era conforme a Derecho venía corroborada por la confirmación de las liquidaciones en vía jurisdiccional, sin que la STJUE de 18 de julio de 2006 (asunto C-339/04) sea un antecedente porque se refería al art. 11 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa al marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, cuando aquí se trata de la Directiva 2002/20/CE que establece cánones por el derecho de uso y por los derechos de instalar recursos y cuyo art. 13 tiene un contenido distinto al de aquel art. 11 (STSJ de Madrid, de 24 de abril de 2015).

Finalmente, sostiene que ha actuado con absoluta coherencia interna al anular las liquidaciones de los años 2009 y 2010 (no la de 2006 que es por la que se reclama) porque éstas fueron impugnadas en sede jurisdiccional y obtuvieron una resolución favorable a las pretensiones de la actora, lo que no sucedió con la de 2006. Y una vez dictada la Sentencia judicial, en aplicación de la normativa tributaria, la posibilidad de revisar de oficio el acto administrativo de aprobación de la liquidación era nula porque este derecho había prescrito.

Por todo ello, solicita que se desestime el recurso de apelación, con expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

TERCERO.- Como hemos dicho en nuestra Sentencia nº 26, de 14 de enero de 2016, resolviendo una controversia idéntica aunque frente a otro Consistorio: *“III.- La cuestión que se replantea en esta segunda instancia consiste en dilucidar si concurren los presupuestos para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, el Ayuntamiento de Badalona, en relación con diversas liquidaciones tributarias giradas en concepto de canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil. La suma que se reclama deriva de las cantidades satisfechas por la entidad demandante en concepto de dicha Tasa cuya exacción ha sido rechazada por el Tribunal de Justicia de la UE por ser incompatible con el Derecho Comunitario.*

La Sentencia de instancia impugnada desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial por considerar, en lo sustancial, que no existía una “violación suficientemente caracterizada de la normativa comunitaria”.

Las liquidaciones practicadas por el Ayuntamiento apelado lo fueron en aplicación de los preceptos de la Ordenanza Fiscal nº 24 -reguladora de la referida Tasa- que fue aprobada por el Pleno municipal. La conformidad a Derecho de dicha Ordenanza fue examinada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual en Sentencia de fecha 30 de junio de 2005 consideró que se ajustaba a la legalidad. Esta Sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo (STS de 16 de febrero de 2009, RJ 2009, 1800).

El Tribunal Supremo, en el recurso de casación nº 4307/2009, se planteó la posible incompatibilidad de una Ordenanza fiscal de otro Consistorio (de contenido similar a la aplicada en las liquidaciones de autos) con el Derecho comunitario. En concreto, con el art. 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). Tal eventualidad le llevó a elevar ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial sobre si el art. 13 debía interpretarse en el sentido de que se oponía a él una normativa nacional que permitiera exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público

municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usaran para prestar servicios de telefonía móvil. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial en los siguientes términos:

"1ª) ¿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 una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?.

2ª) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?

3ª) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?".

Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, dictó Sentencia en fecha 12 de julio de 2012 (en los asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11) declarando que:

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

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

Una vez resuelta esta cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo dictó la STS de 10 de octubre de 2012 (Rec. Cas. 4307/2009) -seguida de otras en el mismo sentido- estimando el recurso de casación, con la consiguiente estimación parcial del recurso contencioso administrativo y la anulación de los preceptos de la Ordenanza fiscal allí concernida debido a que se producía una extensión objetiva y subjetiva del hecho imponible de la tasa a los operadores que, sin ser propietarios de los recursos, utilizaban los recursos para prestar servicios de telefonía móvil (exacción contraria al artículo 13 de la Directiva autorización).

Concretamente, el TS nos dice que:

"La solución a que se llega es consecuencia inmediata de la sentencia de TJUE de 12 de julio de 2012 que obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a los parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictadas en el año 2002".

En base a estos pronunciamientos la parte actora -ahora apelante- presentó ante el Ayuntamiento de Badalona una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que, a su juicio, se le habían causado al haberle girado sendas liquidaciones por la tasa aplicada a los derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal en su condición de empresa operadora de servicios de telefonía móvil, ya que no era la titular de la red, partiendo de que en su día había abonado el importe reclamado. Y si bien interpuso el correspondiente recurso administrativo contra dichas liquidaciones, una vez resuelto en sentido desestimatorio consintió dichas resoluciones.

El Ayuntamiento apelado no resolvió la pretensión indemnizatoria lo que llevó a la actora a acudir a la vía jurisdiccional. La Sentencia de instancia desestimó el

recurso por considerar que no existía "una violación suficientemente caracterizada de la normativa comunitaria".

La apelante ha intentado argumentar profusamente que sí estamos ante una violación suficientemente caracterizada de la normativa comunitaria, con cita especial de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de marzo de 2006 (*Brasserie de Pêcheur*, Asunto C-46/93), entre otras.

El Tribunal Supremo en su STS de 5 de febrero de 2015 (RJ\ 2015\ 1043) indica 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".

Precisamente es el segundo de estos requisitos el que plantea más dificultades de concreción. El propio TJUE ha sentado unos criterios interpretativos a seguir por los jueces nacionales para considerar si una violación del Derecho comunitario reúne la condición de suficientemente caracterizada, siendo esencial "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 ello 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".

Sin duda una violación del Derecho Comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado en el tiempo a pesar de haberse dictado una sentencia que declare 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. Tampoco la obligación de reparar los daños causados a los particulares pueden supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa,

que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario, del mismo modo que una mera infracción del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro puede constituir una violación suficientemente caracterizada, aunque no necesariamente la constituye.

Pero 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 (STS de 5 de febrero de 2015 citada).

No obstante, puede calificarse como violación suficientemente caracterizada del Derecho europeo la mera existencia de un pronunciamiento del Tribunal de la UE posterior y que resuelva una duda interpretativa razonable sobre la trasposición del Derecho Comunitario. Y en este sentido conviene contrastar la STJUE de 12 de julio de 2012 con la más reciente de 27 de febrero de 2014, referida a los Impuestos especiales sobre Hidrocarburos que niega la buena fe de las Administraciones competentes en la aprobación, aplicación y exacción del tributo.

Ahora bien, en este caso, la reclamación de responsabilidad patrimonial se planteó a consecuencia de la STJUE de 12 de julio de 2012 que tuvo que interpretar el art. 13 de la Directiva autorización de 2002.

La propia parte apelante reconoce que la jurisprudencia del TJUE exige que la Institución o Estado Miembro vulnere de manera manifiesta y grave los límites impuestos al ejercicio de sus facultades por el Derecho Comunitario. Y en este caso, tal como ha quedado expuesto en las alegaciones de la parte apelada es evidente que la legalidad de la Ordenanza Fiscal nº 24, en aplicación de la cual se giraron las liquidaciones cuyo pago constituye la causa de la reclamación, había sido examinada primero por la Sección 1ª de esta misma Sala (que desestimó el recurso) y segundo, por el Tribunal Supremo que confirmó aquella Sentencia. Luego, difícilmente puede aceptarse que el Consistorio, al aprobar la Ordenanza Fiscal nº 24, actuara de forma manifiesta y grave en contra del ordenamiento comunitario.

Resulta significativo que las liquidaciones se giraron antes de la STJUE de 2012 (pues en otro caso sí se estaría ante una violación suficientemente caracterizada). En esta Sentencia se reconoce la necesidad de hacer una interpretación sistemática del art. 13 de la Directiva con otros preceptos porque la interpretación de la norma había llevado a conclusiones diferentes (Comisión, Abogado General, Tribunal de Justicia de la UE y Reino de España -Estado miembro); en consecuencia, no cabe apreciar una "inobservancia manifiesta y grave" del Ayuntamiento apelado al aprobar la Ordenanza Fiscal nº 24 ni al liquidar la Tasa, aunque finalmente resultara -en lo que ahora nos afecta- contraria a las disposiciones contenidas en aquella Directiva comunitaria, presupuesto indispensable, pero no suficiente, para dar lugar a la responsabilidad patrimonial que aquí se reclama.

Y la Sentencia de 12 de julio de 2012 el Tribunal de Justicia no tilda de irrazonables las dudas que se plantean en la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo español. Concretamente en el párrafo 17 señala que:

" 17. En las resoluciones de remisión, el Tribunal Supremo, analizando en primer lugar los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, alberga dudas acerca de la competencia 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, se limitan a acceder a dicha red y a utilizarla" .

Añadiendo que:

"26. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en lo sustancial, si dentro del ámbito de la posibilidad que ofrece a los Estados miembros el artículo 13 de la Directiva autorización, de imponer un canon por «los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», que refleje la necesidad de garantizar el reparto óptimo de esos recursos, está incluida una normativa nacional que impone una tasa por la utilización del dominio público local no sólo a los operadores que son propietarios de las redes de telefonía desplegadas en dicho dominio, sino también a los operadores titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión con esas redes.

27. En particular, dicho órgano jurisdiccional interroga al Tribunal de Justicia acerca de si puede gravarse con una tasa como ésta no sólo al operador que, conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva marco, es titular de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública, o por encima o por debajo de la misma, y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de dicha Directiva y en el artículo 12 de la Directiva acceso, puede verse obligado a compartir esos recursos, sino también a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil utilizando tales recursos".

Y en el párrafo 30 de su sentencia significa que el Tribunal Supremo de España "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", centrando la cuestión en decidir "si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los «derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma» en virtud del citado artículo 13, permite la aplicación de cánones como los del procedimiento principal, en tanto en cuanto se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público".

Por último, y esto resulta relevante, el Tribunal JUE descarta de forma implícita que la infracción pudiera ser "manifiesta y grave" y, en consecuencia, que suficientemente caracterizada, al aceptar que en la "Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación" (párrafo 31) lo que solo puede inferirse -como hemos dicho más arriba- de una interpretación conjunta de lo dispuesto en el artículo 11, apartado 1, primer guion, de la citada norma comunitaria (referente a 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) tal como resulta de las conclusiones elaboradas en el proceso prejudicial por la Abogada General (puntos 52 y 54) que, según el TJUE, en cuanto a 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.

En definitiva, no cabe apreciar una "inobservancia manifiesta y grave" ni una infracción "suficientemente caracterizada" de las disposiciones contenidas en la Directiva autorización 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, por el Ayuntamiento apelado al establecer al aprobar la Ordenanza Fiscal nº 24 y aplicar mediante las liquidaciones cuyo pago justificaría la reclamación de responsabilidad patrimonial si concurrieran todos los presupuestos legales establecidos.

Por lo demás, el planteamiento de una segunda cuestión prejudicial (en referencia a la planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona, que finalizó por Auto de 30 de enero de 2014, asunto C-25/2013) no solo carece de relevancia en este proceso en la medida en que, a juicio del órgano requirente, no se trataba de una tasa de la misma naturaleza que la examinada en los asuntos que dieron lugar a la sentencia anterior de 2012 (pues se trataría, según dicho órgano jurisdiccional, de un «canon por uso sino por cesión de derecho», es decir, canon impuesto en virtud de la cesión de los derechos de instalación de recursos y no canon por el uso de esos recursos) sino que tampoco abundaría en la mala fe del Consistorio, porque se estaba ante una diferente interpretación jurídica que, por otra parte, se fundamentaba en una previa disposición legal que traspone una Directiva cuyas normas no estaban claras (el Texto Refundido de Haciendas Locales).

(.../...)

A ello hay que unir la inexistencia de jurisprudencia comunitaria anterior clarificadora de esta cuestión pues no lo es la STJUE citada por la apelante que tampoco clarificaba suficientemente el hecho imponible."

Estos razonamientos son suficientes para desestimar el recurso pues falta un requisito esencial para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración Local.

A mayor abundamiento, tampoco podemos compartir los razonamientos de la parte que imputan una actuación de mala fe al Consistorio, olvidando que los Entes locales no tienen potestad legislativa y que las Directivas van dirigidas a los Estados miembros, quienes en el marco de su propio ordenamiento jurídico

interno vienen obligados a su trasposición, adoptando todas las medidas o instrumentos necesarios para cumplir con el fin que aquellas persiguen.

En este caso, cuando el Consistorio aprobó la Ordenanza Fiscal que dio cobertura a las liquidaciones giradas en el año 2006 estaba amparado por normas con rango legal: la Ley 39/1998, de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales, modificada por la Ley 51/2002, ahora Texto Refundido (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Comunicaciones (posterior Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo y ahora Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones).

Es más, las liquidaciones de autos fueron judicialmente confirmadas y no fue hasta que el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial ante la necesidad de interpretar los términos de la Directiva (cuestión que motivó la STJUE de 12 de julio de 2012, que es la que ampara la presente reclamación) que se tuvo la certeza de la ilegalidad de la tasa cuya devolución se pretende por la vía de la indemnización.

Por lo demás, el régimen de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho Comunitario no está sujeto a criterios más restrictivos que en el ámbito del Derecho interno, por lo que tampoco se infringe la doctrina del TJUE al respecto.

CUARTO.- Por todo lo dicho, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandante y la consiguiente desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto. No obstante y a los solos efectos de las costas procesales, sí cabe calificar como justa causa litigandi la presente controversia en la medida en que ha existido una duda razonable sobre la interpretación fáctica y jurídica como lo evidencia la circunstancia de que la entidad recurrente tuviera que abonar unas liquidaciones tributarias que, de haber utilizado los diversos medios legales, hubieran podido llegar a ser anuladas por los Tribunales.

FALLAMOS

1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Francisco Javier Manjarín Albert, en representación de la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. contra la Sentencia arriba indicada.

2º) No efectuar imposición alguna de las costas.

Notifíquese la presente resolución en legal forma, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe interponer recurso de casación ordinario, y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente / la Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 12 de Abril de 2.016, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.