



Roj: **STSJ CLM 1002/2016 - ECLI: ES:TSJCLM:2016:1002**

Id Cendoj: **02003330012016100284**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2016**

Nº de Recurso: **82/2015**

Nº de Resolución: **194/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MANUEL JOSE DOMINGO ZABALLOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1

ALBACETE

SENTENCIA: 00194/2016

Recurso de Apelación nº 82/15

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete

SALA DE LO CONTENCIOSOADMINISTRATIVO

SECCIÓN 1ª

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. José Borrego López

Magistrados:

D. Mariano Montero Martínez

D. Manuel José Domingo Zaballos

D. Antonio Rodríguez González

D. José Antonio Fernández Buendía

SENTENCIA Nº 194

En Albacete, a 7 de marzo de 2016.

Vistos por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los recursos de apelación interpuestos por el Ayuntamiento de Albacete, representado por los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Albacete, contra Sentencia núm. 8/2015, de 19 de enero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Albacete, en el procedimiento Abreviado 343/2014, y como parte apelada Orange Espagne S.A.U, representados por el Procurador/a Sr/a. Enrique Monzón Rioboo, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Dicho Juzgado dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: " Que ESTIMANDO el recurso presentado por el Procurador de los Tribunales Dº Enrique Monzón Rioboo, en nombre y representación de la entidad mercantil ORANGE ESPAGNE S.U. (en adelante ORANGE), contra la Resolución del Concejal de Economía, Hacienda y Administración Electrónica del Excmo. Ayuntamiento de Albacete, la Resolución del Concejal de Economía, Hacienda y Administración Electrónica del Excmo. Ayuntamiento de Albacete, de fecha 21 de julio de



2014, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la liquidación relativa a la "Tasa por las utilizaciones privativas y aprovechamientos especiales constituidos en el subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros" correspondientes al primer trimestre del ejercicio 2014, DEBO DECLARAR Y DECLARO su anulación al no ser conforme a Derecho en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Segundo de esta Sentencia. La Administración demandada deberá abonar las costas causadas en este procedimiento limitadas a la cuantía máxima de 300 euros . "

Segundo.- Notificada la resolución a las partes interesadas, la parte demandante interpuso recurso de apelación dentro de plazo. Admitido a trámite por el Juzgado, se dio traslado a la parte demandada para que hiciese alegaciones, trámite que cumplimentó en legal forma.

Tercero.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, se formó el correspondiente rollo de apelación. No habiéndose solicitado por las partes personadas la celebración de vista, ni considerándose necesaria la misma por este Tribunal, se señaló para votación y fallo el día 3 de marzo de 2016,, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- La sentencia sometida a control de legalidad estimó el recurso interpuesto por ORANGE ESPAGNE S.U . contra Resolución del concejal de Economía del Ayuntamiento de Albacete, de fecha 21 de julio de 2014, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra liquidación de la tasa por las utilizaciones privativas y aprovechamientos especiales constituidos en el subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros, correspondiente al primer trimestre del ejercicio de 2014 -importe 3.857,53 euros- e indirectamente contra la Ordenanza municipal que sirve de fundamento a las referidas liquidaciones.

El sentido estimatorio de ese pronunciamiento, anulando la liquidación de la tasa por juzgarse contraria a derecho la ordenanza fiscal tras la modificación de sus artículos, 2,3 y 5, acordada por el Pleno en sesión de 28-2-2013, (BOP de 15-5-2013), por contravención del Derecho de la Unión Europea, atendiendo a la Directiva de efecto directo y sentencias que refiere del Tribunal de Luxemburgo, del Tribunal Supremo y de esta misma Sala; ello «en los términos recogidos en el Fundamento de derecho segundo de esta Sentencia», es decir sus artículos segundo, tercero y quinto relativos, respectivamente, al hecho imponible, al sujeto pasivo y a la cuota de la tasa: artículo 2.2, letra b), in fine «con independencia de la titularidad de las redes o instalaciones», artículo 3, in fine. « A estos efectos se incluirán entre las explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y las comercializadoras de estos», y art. 5.2: « El importe de la tasa constituirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por 1000 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en el término municipal de Albacete»

Interesa de la Sala el Ayuntamiento de Albacete "dicte sentencia por la que, con estimación del presente recurso de apelación, revoque la recurrida y desestime la demanda y las pretensiones de la parte actora y ello con cuanto más proceda en Derecho». Sustenta sus pedimentos desarrollando los siguientes motivos impugnatorios:1) Incongruencia omisiva, pues no entra la resolución a resolver la petición de emplazamiento a la Administración del Estado « lo que supone una falta de motivación que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.>>, y, además « mantiene absoluto silencio respecto de los argumentos de esta parte sobre la ley estatal(TRLHL), su vigencia y su obligación de aplicación» 2) La modificación de la ordenanza encuentra acomodo en el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2014, posterior a las Directivas europeas aplicadas (2002), La propia recurrente presentó su liquidación de la tasa contemplando los ingresos brutos de su facturación y los gastos.

En el escrito de oposición a la apelación la representación de la mercantil sostiene la corrección jurídica de la sentencia por sus propios fundamentos, abundando en los mismos tras afirmar - en lo que constituye el enunciado del fundamento jurídico único del escrito de oposición a la apelación que: «La sentencia impugnada no incurre incongruencia y ha efectuado una interpretación correcta de la sentencia del TJUE y de las diversas sentencias del Tribunal Supremo que aplican su doctrina».

Segundo.- Sobre el reproche de incongruencia y falta de motivación de la sentencia, viene reiterando la Sala, por lo que interesa: a) En cuanto a la motivación, no consiste en una mera declaración de conocimiento, sino conclusión de una apreciación ajustada al tenor del litigio, para que el interesado, destinatario inmediato, pero no único, y los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento de las resoluciones constitucionales, así en una garantía del justiciable (STC 77/2000). Afirmaciones meramente apocalípticas, desde las que no pueden deducirse las razones próximas o remotas a la decisión judicial no satisfacen las exigencias de motivación, ex artículo 24.1 CE (STC 119/2013 , FJ 3º), sin perjuicio de que sea aceptable, como motivación constitucionalmente adecuada la motivación in aliunde (STC 171/2002 , FJ 2º,



entre otros), porque permite conocer las razones en las que se ha basado la decisión judicial, siempre que el Tribunal haya tomado en cuenta los argumentos de los recurrentes, como ocurre si la resolución o acto al que se difiere la motivación hubiera resuelto a su vez la cuestión planteada (STC 111/2004 , FJ 5º). La suficiencia de la motivación en suma, habrá de ponderarse en atención a las circunstancias de cada caso, sin que conlleven necesariamente una valoración cualitativa sobre la elegancia estilística o el rigor de los conceptos empleados, hasta el punto de que no se impone en la resolución jurisdiccional un paralelismo servil del razonamiento que sirve de Fundamento a dicha resolución con el esquema discursivo de los escritos forenses donde se contienen las alegaciones de los litigantes, ni tampoco un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por las partes, siempre que aquellos permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esgrimidos determinantes de la decisión / STC 209/1993 , FJ 3º; en el mismo sentido SSTS de 30 de Junio de 2003 o de 19 de Mayo de 2004 .

b) A propósito del requisito de congruencia de las resoluciones jurisdiccionales, venimos sosteniendo, por ejemplo en Sentencia de 11 de Abril de 2011 (autos de recurso de apelación nº 111/10), lo que a su vez tiene reiterado el Tribunal Supremo, Sala 3a, por ejemplo, en su sentencia de 12 de Marzo de 2001 , recurso 8255/1996, a la vista del artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 -ahora artículo 33.1 de la vigente ley rituarial de 1998 - "se cumple el principio de congruencia cuando se da una correlación razonable entre el fallo, las pretensiones y los problemas debatidos en el recurso", de manera que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, se cumple el principio de congruencia a la luz del art. 24.1 de la Constitución cuando la decisión (jurisdiccional) o pronunciamiento va precedido del análisis de las cuestiones suscitadas en la demanda, con un fallo que es corolario de una fundamentación, entendiéndose la incongruencia, también a la vista de SSTC como la 15/99, de 22 de Febrero , "como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, pudiendo entrañar una vulneración del principio de contradicción procesal, que es lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal" (con cita de otras SSTC, como las números 311/94 , 111/970220/97).

Tercero.- Lo anterior proyectado al caso de autos nos lleva calificar de sobradamente motivada la sentencia de instancia. Anotamos su contenido:

Tras plasmar las posiciones de las dos partes litigantes y referir sentencia del mismo Juzgado dictada en asunto idéntico, sentencia nº 255/ 2014 , recaída en el P.A. 273/2014, (las mismas partes litigantes, cambiando la liquidación recurrida en ese recurso, otro trimestre de la misma tasa), desciende en el contenido de la STJUE de 12 de julio de 2012 dictada precisamente dando respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo, así como Auto del mismo Tribunal de Luxemburgo de 30-1-2014 , resolución que transcribe y cuyos Fundamentos jurídicos, son bien elocuentes expresando lo siguiente :

«27.- En efecto, ha de observarse que la tasa que es objeto del procedimiento principal es de la misma naturaleza que la examinada en los asuntos que dieron lugar a la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada. Al igual que esta última tasa, la establecida por el Ayuntamiento de Guardiola de Bergueda lo fue basándose en la Ley General de Telecomunicaciones, que transpuso al Derecho español la totalidad de las Directivas en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas adoptadas en 2002, y en el Real Decreto Legislativo 2/2004. Ambas tasas gravan la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, precisando el órgano jurisdiccional remitente que, según el artículo 2, apartado 2 , de la Ordenanza fiscal de 2006, existe «aprovechamiento especial del dominio público local» siempre que para la prestación del servicio de suministro sea necesario utilizar antenas o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, con independencia de quien sea titular de las mismas.

28.- De ello se desprende que la tasa que es objeto del procedimiento principal pertenece al ámbito de aplicación de las citadas Directivas y, más específicamente, al de la Directiva autorización, puesto que su hecho imponible está vinculado a la utilización de los recursos contemplados en el artículo 13 de ésta.

29.- Pues bien, el Tribunal de Justicia, al ser interrogado en los asuntos que dieron lugar a la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, acerca de si la facultad 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» al amparo del artículo 13 de la Directiva autorización permite la aplicación de cánones como los considerados en dichos asuntos, en la medida en que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así el dominio público, declaró que dicho artículo debía interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de tal canon a esos operadores.



30.- Además, el Tribunal de Justicia recordó, en los apartados 28 y 29 de dicha sentencia, en primer lugar, que, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella y, en segundo lugar, que se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización que los Estados miembros únicamente están facultados para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.

31.- Por consiguiente, se deduce claramente de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una tasa, como la que es objeto del procedimiento principal, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas no siendo propietarios de dichos recursos.

32.- Se desprende del conjunto de las consideraciones anteriores que procede responder a las cuestiones planteadas que el Derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo y termina fallando lo siguiente: « El Derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia de 12 de julio de 2012, Vodafone España y France Telecom España (C- 55/11 , C-57/11 y C-58/11), en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido 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 comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos".

Luego la sentencia impugnada desciende al contenido de la modificación de la ordenanza fiscal aprobada precisamente tras sentencia de esta Sala 623/ 2012, de 26 de diciembre , que había anulado el texto anterior de la ordenanza fiscal, para plasmar, acto seguido el juicio de legalidad que merece a la juzgadora al análisis de dicho contenido en los siguientes términos:

«Llegados a este punto debemos analizar si la ordenanza municipal es o no conforme a Derecho de conformidad con los pronunciamientos del TJUE y del Tribunal Supremo. Para ello es necesario partir del hecho no controvertido ni puesto en duda por parte del Ayuntamiento de que la hoy recurrente es una operadora que no tiene redes propias. Pues bien, partiendo de este hecho no controvertido la conclusión no puede ser otra que declarar que la tasa objeto de liquidación que se contiene en la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Albacete publicada en el BOP de 15-05-2013 en su Artículo 2.2.b) y 3.1 es contraria al Derecho Comunitario en cuanto que grava como hecho imponible el disfrute del dominio público, tanto el derivado de la propiedad de la red propia, asentada en dominio público, como la utilización de redes ajenas; que grava como sujetos pasivo a empresas que no son titulares de la red sino únicamente de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas; e igualmente resulta contrario a derecho el régimen de cuantificación de la tasa prevista en el Artículo 5.2 de la misma. Y todo ello de conformidad con lo declarado por el TJUE en Sentencia de 12/07/2012 y en Auto de 31/01/2014 que declara expresamente que "El Derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia de 12 de julio de 2012, Vodafone España y France Telecom España (C- 55/11 , C-57/11 y C-58/11), en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido 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 comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos".

En consecuencia, procede estimar el presente recurso en lo relativo a anular la liquidación impugnada por ser contraria a Derecho al considerar ilegal el contenido del Artículo 2.2.b), 3.1, y 5.2 de la Ordenanza reguladora de la Tasa por las utilidades privativas y aprovechamientos especiales constituidos en el subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública, por ser contrarias al Derecho Comunitario lo que hace innecesario el análisis del resto de motivos, estimación que sin embargo no puede extenderse a la anulación de la Ordenanza Fiscal por cuanto este órgano judicial carece de competencia objetiva para tal declaración conforme a lo dispuesto en el Artículo 8.1 de la L.J.C.A ., fallo que debe limitarse a lo dispuesto en el Artículo 27.1 de la L.J.C.A "



Salta a la vista que la resolución no incurre en vicio ni de incongruencia ni de falta de motivación. Es innegable que la resolución apelada da respuesta a las pretensiones de las partes y lo hace previa sobrada argumentación sobre las cuestiones al respecto, ciertamente y en gran medida mediante motivación in aliunde, con transcripción de sentencias del TJUE, de nuestro Tribunal Supremo y de esta misma Sala, lo que se hace no solo especialmente comprensible sino justificado sobradamente, atendiendo al problemática jurídica del asunto litigioso, como es bien notorio muy general y no ceñida esa problemática a la legalidad o no de una aislada Ordenanza municipal, aunque obviamente el pleito verse sobre una la impugnación de una liquidación tributaria determinada basada en la ilegalidad de la ordenanza fiscal aplicada.

Cuarto.- En punto al petición de que fuese emplazada al Administración del Estado, esto carece manifiestamente de fundamento. No ha de ser la Sentencia resolución que entre en ello. Conforme al artículo 49 de la LJCA el propio Ayuntamiento pudo considerar oportuno emplazar a la Administración del Estado, lo que no hizo. Como no lo hizo en el ejercicio de una función que le da la ley el Secretario del Tribunal, en los términos del mismo artículo en su número 3. Por lo demás, el otro artículo que invoca la defensora de la Administración- 21.4- no da cobertura en absoluto a la tesis de que debió llamarse al proceso a la Administración del Estado, porque la disposición general aplicada por el Ayuntamiento fue su propia ordenanza fiscal, no una disposición administrativa estatal; el término «disposición general» del artículo 21.4 es la aprobada por la «Administración», de ahí que se deba tener como demandada a «la Administración autora de la misma», no pues al órgano o institución que aprueba una Ley su sentido más amplio, formal o material (Cortes Generales, Asambleas Legislativas autonómicas, Gobierno de la Nación o gobiernos autonómicos)

Quinto.- El texto de la ordenanza en la que se apoya la liquidación tributaria practicada y confirmada al desestimar el recurso de reposición es del tenor siguiente:

«Artículo 2. Hecho Imponible.

1. Constituye el Hecho imponible de la Tasa la utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el subsuelo, suelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros y telecomunicaciones, que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario.

2.- A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, tendrán la consideración de empresas explotadoras de suministros, con independencia de su carácter público privado, entre otras, las siguientes:

a) Las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua o gas.

b) Las empresas que presten servicios de telecomunicaciones disponibles al público mediante la utilización, total o parcial, de redes de telecomunicaciones instaladas con utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, **con independencia de la titularidad de las redes o instalaciones.**

c) Cualesquiera otras empresas de servicios de suministros que utilicen para la prestación de los mismos tuberías, cables y demás instalaciones que ocupen el subsuelo, suelo o vuelos municipales.

Artículo 3.- Sujeto pasivo. "1.- Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes obligados al cumplimiento de la obligación tributaria, las personas físicas o jurídicas titulares de las empresas explotadoras de servicios de suministros de electricidad, agua, telecomunicaciones y otros análogos, que resulten de interés general o que afecten a la generalidad o una parte importante del vecindario y utilicen privativamente o aprovechen especialmente el subsuelo, suelo o vuelo de la vía pública municipal, así como las entidades a que se refiere el Artículo 33 de la LGT que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular de aquellos supuestos que constituyen el hecho imponible de la tasa. **A estos efectos se incluirán entre las empresas explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y las comercializadoras de estos** ".

Artículo 5. Base Imponible y cuota tributaria:

"5.1.1.- La base estará constituida por los ingresos procedentes de la facturación obtenida anualmente en el término municipal de Albacete por las empresas a que se refiere el Artículo 3º (...).

5.1.6.- Las empresas que empleen redes ajenas para efectuar los suministros, deducirán de sus ingresos brutos de facturación las cantidades satisfechas a otras empresas en concepto de acceso o interconexión a sus redes, debiendo las empresas titulares de tales redes, computar las cantidades percibidas por tal concepto entre sus ingresos brutos de facturación.



5.2. Cuota tributaria. El importe de la tasa consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en el término municipal de Albacete las referidas empresas".

Pues bien, la cuestión litigiosa de fondo ha sido conocida por la Sala y Sección acogiendo la misma tesis que plasma la sentencia de instancia; esto en nuestra sentencia nº 25/2016, (R. O. 523/2014 , ponente Fernández Buendía), conociendo recurso directo interpuesto por la misma compañía aquí apelada frente a otra ordenanza fiscal municipal de contenido prácticamente idéntico a la de autos en el punto que nos ocupa, expresando lo siguiente en sus FF.JJ. 5º y 6º:

« **Quinto.** - Por su parte la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de diciembre de 2015 , cuyo criterio compartimos, afirma " *Dados los términos del debate, hemos de reiterar ahora cuanto dijimos en nuestra Sentencia número 906 de 17 de septiembre de 2015, dictada en el recurso núm. 540/2014 , seguido a instancia de la misma actora contra la Ordenanza reguladora de la "Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general", del Ayuntamiento de Sant Jaume de Llierca, en la que consideramos:*

«**CUARTO:** *El punto de partida para resolver la presente controversia ha de ser la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11 , C-57/11 y C-58/11) por la que se resolvieron las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo así como las dictadas al respecto por este último.*

El TJUE, en respuesta a las preguntas formuladas por la Sala Tercera del TS declaró 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"».*

Las anteriores conclusiones no resultan afectadas por la posterior Sentencia del TJUE de 27-6-2013 que cita el Ayuntamiento demandado, dictada en el asunto C-71/12 , sobre decisión prejudicial, en la que se declara que el artículo 12 de la Directiva, no se opone a un gravamen a las operadoras de telefonía móvil consistente en la percepción de un impuesto (porcentaje sobre los pagos que cobran las operadoras a los usuarios, equiparable a un impuesto sobre el consumo) y que va a cargo del usuario del servicio).

Sin embargo, lo que se debate en el presente recurso es la percepción de una tasa como contrapartida por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, que es el canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a que se refiere el artículo 13 de la Directiva autorización, artículo éste "que no es pertinente en el referido asunto" según expresa textualmente el TJUE (apartado 19).

Como indicaba la Sentencia TJUE de 12-7-2012 citada, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas, distintos de los previstos en ella, pues la Directiva se configura como una Directiva de máximos.

En cuanto a la Sentencia Tribunal de Justicia UE de 21-3-2013, (nº C-375/2011) , viene referida a los cánones por uso de radiofrecuencias, de puesta a disposición de las frecuencias y un canon que cubre los gastos de gestión de la autorización, lo que tampoco es de aplicación al caso examinado.

A su vez, por lo que se refiere a la posibilidad de establecer otras figuras impositivas, la Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 4-9-2014, (nº C-256/2013 , nº C-264/2013) razona:

«34. *Sin embargo, el artículo 13 de la Directiva autorización no se refiere a todos los cánones a los que están sujetas las infraestructuras que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.*

35. *En efecto, la Directiva autorización se aplica, según su artículo 1, apartado 2, a las autorizaciones de suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y su artículo 13 únicamente se refiere a los 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 ella, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos.*



36. Pues bien, en el presente caso, de las resoluciones de remisión se desprende que el impuesto controvertido en los litigios principales recae sobre toda persona jurídica belga o extranjera que tenga un establecimiento en el territorio de la Provincia Antwerpen utilizado o reservado para su uso, cualesquiera que sean la naturaleza del establecimiento y la actividad de los sujetos al impuesto. El importe de este último depende de la superficie ocupada por los establecimientos. Por consiguiente, tales sujetos pasivos no son únicamente los operadores que suministran redes o servicios de comunicaciones electrónicas o quienes se benefician de los derechos previstos en el artículo 13 de la Directiva autorización.

37. De ello se desprende que el devengo del impuesto controvertido en los litigios principales no está vinculado a la concesión de los derechos de uso de radiofrecuencias o de los derechos de instalación de recursos, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización. Por tanto, tal impuesto no constituye un canon, en el sentido de dicho artículo, y, en consecuencia, no está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.»

El caso examinado por el TJUE venía referido a un impuesto que gravaba los establecimientos en un territorio, cualquiera que sea su naturaleza y actividad.

Por el contrario, el Auto del TJUE de 30-1-2014, que se remite a la Sentencia de 12-7-2012 antes citados, reitera que la tasa por aprovechamiento especial examinada y que regula el TRLHL, está vinculada a la utilización de los recursos contemplados en el artículo 13 de la Directiva autorización.

De lo anterior se concluye que no cabe asimilar las figuras tributarias (impuestos) a los que se refieren las Sentencias indicadas, con la tasa que es objeto del presente recurso.

QUINTO: Pues bien, las tasas por la ocupación del dominio público que regula el TRLHL, a cuyo amparo se dicta la Ordenanza impugnada, han de acomodarse a lo previsto en el artículo 13 de la Directiva, que tiene efecto directo, y de conformidad con las dos cuestiones prejudiciales que ha resuelto el TJUE, así como a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ya se ha dicho que las indicadas tasas participan de la naturaleza de los cánones por la instalación de recursos en la propiedad pública a que se refiere el artículo 13 y únicamente puede atribuirse la condición de sujeto pasivo de la tasa a las empresas o entidades que sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, pero no a las que sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

Como señaló el TJUE en la tantas veces citada Sentencia de 12 de julio de 2012, acogiendo las conclusiones del Abogado General en los puntos 52 y 54, 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.

El apartado 33 de la propia Sentencia indica textualmente:

"De ello se desprende 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 en el apartado 34 señala: "Por lo tanto, no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de "canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma", puesto 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".

El Auto TJUE de 30 de enero de 2014, resuelve la pregunta del órgano jurisdiccional remitente, acerca de si el derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa impuesta no ya como contrapartida por el otorgamiento de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, sino como contrapartida por la utilización de esos recursos, a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos.

En sus apartados 31 y 32 se razona:

" 31 Por consiguiente, se deduce claramente de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una tasa, como la que es objeto del procedimiento principal, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas no siendo propietarios de dichos recursos.



32 Se desprende del conjunto de las consideraciones anteriores que procede responder a las cuestiones planteadas que el Derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa, impuesta como contrapartida por la utilización y la explotación de los recursos instalados en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos".

SEXTO: A la vista de lo anterior, se concluye que el recurso debe prosperar porque asiste la razón a la demandante cuando mantiene que no cabe aplicar el canon a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilicen para la prestación de servicios.

La razón de que la Sentencia TJUE se refiera únicamente a los operadores de telefonía móvil, trae causa del supuesto que examinaba, pero no afecta al principio que en la misma se sienta y que reitera el posterior Auto de 30 de enero de 2014: es improcedente la tasa municipal por el uso de redes ajenas.

Así las cosas, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de junio de 2015 (rec. casación 742/2014) pone de relieve que una numerosa serie de decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad ha declarado la incompatibilidad de normas fiscales nacionales con los objetivos comunitarios, obligando por ello a los Estados miembros a la anulación de las mismas o a su modificación. Es doctrina consolidada que, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho Comunitario. La Comunidad Europea, pues, supone una importante limitación a la soberanía fiscal de los estados que la componen, pues deben abstenerse de dictar disposiciones incompatibles con los objetivos comunitarios y eliminar de sus ordenamientos aquellas normas que incurran en esa circunstancia.

En relación con las Directivas comunitarias en el ámbito de las telecomunicaciones (Directiva marco, Directiva acceso, Directiva autorización y Directiva acceso universal), recuerda el TS que "El Tribunal de Justicia ha interpretado que las Directivas en cuestión prohíben imponer a las empresas que operan en el ámbito de las telecomunicaciones, por esa sola condición, otras cargas distintas y adicionales a las previstas por ellas. Se limita, pues, la soberanía financiera y tributaria de los Estados. De no entenderse así, se pondría en peligro el "efecto útil" perseguido por la norma. Se trata, en suma, de armonizar los cánones y los gravámenes que los Estados miembros pueden imponer a los titulares de licencias y autorizaciones para operar en el sector."

A su vez, la supremacía del Derecho europeo sobre los derechos nacionales es absoluta y en caso de conflicto entre derecho interno y derecho comunitario, la primacía del derecho comunitario ha de ser garantizada por los jueces nacionales, que no han de aplicar la norma interna contraria.

SÉPTIMO: Cabe señalar que el TSJ de Galicia se ha pronunciado en un asunto como el examinado en su Sentencia de 29-5- 2015 (recurso de apelación 15030/2015) en la que se concluye que la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en cuanto incluye utilidades o aprovechamientos por parte de empresas que no sean titulares de redes o instalaciones, se opone al Derecho de la Unión de forma evidente.

Esta Sala comparte los acertados fundamentos de dicha resolución, a la que basta remitirse, en consonancia con las conclusiones de la Abogado General presentadas en los asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11, en tanto la instalación de un cable por debajo de una vía pública para transmitir señales requiere un «derecho de paso» y, una vez instalado, cualquiera que sea el número de señales transmitidas a través del cable, el uso del cable no afecta a la disponibilidad de los «derechos de paso». Los usuarios distintos de la empresa que instala los recursos también se benefician de los «derechos de paso» concedidos a ésta. No obstante, en un mercado competitivo, cabe presumir que el precio estipulado por ese uso (es decir, el «acceso») incluirá una compensación por ese aprovechamiento. Si las empresas propietarias de los recursos empleados para el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas pueden recuperar el canon pagado por los derechos de instalación de tales recursos, a través del precio negociado con los operadores que los usan y a esos operadores también se les exige el pago de un canon a los ayuntamientos por dicho uso, se distorsiona la competencia porque el usuario de los recursos soporta un doble gravamen. Asimismo, el artículo 13 de la Directiva autorización no puede interpretarse en el sentido de que incluya los cánones por el uso de recursos pertenecientes a otra empresa, porque dicho uso sencillamente no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva, sino de la Directiva acceso, que es la que define los derechos y las obligaciones de los operadores y de las empresas que deseen interconectarse y/o acceder a sus redes o recursos asociados.

NOVENO: En definitiva, el Derecho de la Unión no permite exigir una tasa por el uso de la propiedad pública a que se refiere el artículo 13 de la Directiva 2002/20, a las operadoras de telefonía que no sean propietarias de los recursos instalados en el dominio público, pues el uso de tales recursos ajenos se rige por la directiva acceso, y la Directiva acceso no contempla una tasa como la controvertida, lo que lleva a estimar el recurso."



En suma, dado que el servicio de telefonía fija, como de móvil, se trata un servicio de comunicaciones electrónicas en el sentido de la Directiva 2002/20, la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la tasa por el aprovechamiento especial del dominio público para la prestación de servicios de telefonía móvil, contenida, por todas, en la sentencia de 15 de octubre de 2012, dictada en el recurso de casación num. 1085/2010, las sentencias de 15 de febrero de 2013, dictadas en los recursos de casación núms. 5709/2009, 6550/2009, 6559/2009, 6581/2009, 5260/2010, 5789/2009, 5489/2009, 5880/2010, 89/2010 y 5190/2010, las de 22 de febrero de 2013, dictadas en los recursos de casación 6511/2009, 5594/2009, 503/2010, 5302/2009, 592/2010, 5502/2009, 6101/2009, 6471/2009, 5631/2009, 6531/2009, 5596/2009, 6112/2009, 5602/2009 y 5603/2009, es trasladable al supuesto de telefonía fija.

TERCERO: Por análogas razones a las contenidas en dichas sentencias deberá también prosperar la impugnación de la ordenanza en cuanto a la cuantificación de la tasa, en relación a la utilización especial del dominio público para la prestación de servicios de telefonía fija, en virtud de la primacía del derecho comunitario, cuya normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Ya en la sentencia de 15 de octubre de 2012 el Tribunal Supremo consideraba que "la anulación tiene que alcanzar también al art. 4 de la Ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefónica móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecua a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la Abogada General, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, sostuvo que "con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso "escaso", resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso. Esta conclusión, aunque no fue examinada por el Tribunal de Justicia por las razones que se señala, es compartida por la Sala".

La cuantificación de la tasa por la Ordenanza impugnada parte también de la premisa de que todos los operadores de telefónica fija realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecua a la Directiva autorización, y se basa en los ingresos brutos de la empresa, a la que se aplica un tipo de cuota del 1,5, por lo que, del mismo modo, hay que concluir que una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, nos lleva a considerar que no responde a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, ni a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación. "

Sexto. Las mismas razones conducen a disponer, en el presente supuesto, la nulidad de los preceptos de la Ordenanza de Las Herencias en la medida referida. Y así hemos de considerar como preceptos directamente afectados, al igual que en otras ocasiones ha venido haciendo la Sala, el artículo 2, relativo al hecho imponible, en cuanto no distingue entre titulares o no de las redes; es más, incluye expresamente a los no titulares en el apartado segundo del artículo; el artículo 3, referido a los sujetos pasivos, por la misma razón; los artículos 5 y 6, relativos a la base imponible y al tipo y cuota tributaria de la tasa, en la medida en que la cuantificación de la tasa parte de la premisa de que todos los operadores realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales; también los artículos 7 -devengo de la tasa-, 8 -régimen de declaración y de ingreso- y el 9, infracciones y sanciones; en tanto en cuanto atribuyen la condición de sujeto pasivo a las empresas o entidades los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos; y en la medida que regulan el importe de la misma tasa. Y siempre teniendo en cuenta que las anteriores conclusiones vienen referidas a las empresas explotadoras del servicio de telefonía -no al resto de las de suministros-, pero de forma señalada a las que no son titulares de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales. En pura teoría una Ordenanza como la aquí estudiada podría ser aplicada a las empresas que sí fueran titulares de las citadas instalaciones o redes. »

Nos cumple reiterarnos en los mismos razonamientos, pues nada en el recurso de apelación invita a que debamos cambiar de criterio, lo que conduce a la desestimación del recurso.

Sexto. - De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede efectuar pronunciamiento en costas procesales, que habrá de abonar el ayuntamiento de Albacete.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:



Que **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Albacete contra la Sentencia, de fecha 19-1-2015, dictada por el Juzgado de lo contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete en el procedimiento ordinario nº 486/08, sentencia que confirmamos íntegramente y, por consiguiente:

1º.- Se declararan contrarias a Derecho y anulan de la ordenanza fiscal aplicada el artículo 2.2, letra b) en cuanto expresa al final « con independencia de la titularidad de las redes o instalaciones», el artículo 3, en su expresión « A estos efectos se incluirán entre las empresas explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y las comercializadoras de estos". Y el artículo 5.2. en su expresión «en todo caso y sin excepción alguna»,

Firme que sea la sentencia, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 72.2 de la Ley Jurisdiccional , se proveerá lo necesario para la inserción, sin dilación, del presente fallo en el BOP de Albacete.

Con imposición de las costas a la apelante .

Conforme al artículo 86.3 LJCA , cabe recurso de casación frente a la presente sentencia en cuanto en su pronunciamiento de anulación de los artículos de la ordenanza fiscal.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación literal a los autos originales y la que se **no** tificará con expresión de que contra ella cabe recurso de casación, art. 86.3 LJCA , la pronunciamos, mandamos y firmamos.