

JUAN... LUIS... RODRIGO... SECRETARIO

DE LA SECCION 1.ª DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA la Sentencia que transcrita es en el tomo literal, siguiente

Rollo de apelación nº 52/2015

Partes : C/ AJUNTAMENT DE GIRONA

SENTENCIA Nº 209

Ilmos. Sres.

MAGISTRADOS:

Dª. PILAR GALINDO MORELL

Dª. EMILIA GIMÉNEZ YUSTE

Dª. ANA RUFZ REY

ES COPIA

En la ciudad de Barcelona, a veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN PRIMERA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente sentencia en el rollo de apelación nº 52/2015, interpuesto por C/ AJUNTAMENT DE GIRONA, representado la Procuradora Dª. Mª CARMEN FUENTES MILLAN, contra la sentencia de fecha 6 de marzo de 2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de los de Girona, en el recurso jurisdiccional nº 424/14.

Habiendo comparecido como parte apelada AJUNTAMENT DE GIRONA representado por el Procurador IGNACIO DE ANZIZU PIGEM.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANA RUFZ REY, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada contiene la parte dispositiva del siguiente tenor:

"Desestimo el recurso contencioso-administrativo formulado por [redacted], representada por el Proc. Sr. Martínez, frente al Decreto de Alcaldía de Girona de 5 de noviembre de 2014 que desestima el recurso de reposición formulado contra la liquidación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local correspondiente al segundo trimestre de 2014 por importe de 4.282,76 euros.

No se hace expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido, por el Tribunal de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal previo emplazamiento de las partes, personándose en tiempo y forma las partes apelante .

TERCERO.- Desarrollada la apelación y tras los oportunos tramites legales que prescribe la Ley Jurisdiccional en su respectivos articulos, en concordancia con los de la L.E.C., se señaló a efectos de votacion y fallo la fecha correspondiente .

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se interpone contra la Sentencia dictada en el marco del Procedimiento Abreviado 424/2014 y en fecha 6 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Gerona y su provincia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Desestimo el recurso contencioso-administrativo formulado por [redacted] representada por el Proc. Sr. Martínez, frente al Decreto de Alcaldía de Girona de 5 de noviembre de 2014 que desestima el recurso de reposición formulado contra la liquidación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local correspondiente al segundo trimestre de 2014 por importe de 4.282,76 euros.

No se hace expresa condena en costas."

La entidad mercantil recurre en el pleito principal la desestimación del recurso de reposición formulado contra la liquidación girada en concepto de tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local correspondiente al segundo trimestre de 2014. Formula impugnación indirecta de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Gerona que regula la "Taxa per ocupació o aprofitament especial del subsoíl, sòl i vol del domini públic" en relación con los artículos 3 y 5, en los que se fundamenta la liquidación.

Recaída sentencia desestimatoria en los términos anteriormente apuntados, Orange Espagna, S.L.U. interpone recurso de apelación solicitando su revocación y el dictado de una nueva sentencia que estime íntegramente la demanda.

La Administración demandada se opone al recurso de apelación y defiende la habilitación legal del Ayuntamiento para la percepción de la reseñada Tasa, citando al respecto los artículos 20, 24 y 25 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL).

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de los términos del debate, conviene destacar que el recurso de apelación no puede considerarse como una reiteración de la primera instancia, cuyo objeto sea el acto administrativo impugnado en el proceso, sino como un proceso especial de impugnación cuyo objeto es la sentencia. (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1998) No se trata de reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo impugnado sino de revisar la sentencia que se pronuncia sobre ello, es decir, depurar el resultado procesal ya obtenido (sentencia de 15 de noviembre de 1999).

En síntesis, la recurrente reitera las alegaciones planteadas en la instancia al considerar que existe error en la valoración de la prueba. Se sostiene que la reseñada Tasa, en relación con la prestación de servicios de telefonía fija, es contraria al Derecho comunitario al considerar sujeto pasivo tanto al titular de las instalaciones como al tercero que las utilicare. Fundamenta sus alegaciones en el contenido de la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012, las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo aplicando la anterior y el Auto del TJUE de 30 de enero de 2014.

La Sentencia de instancia desestima sus alegaciones al considerar, en su Fundamento Quinto:

"QUINTO. Como se acaba de decir, el Tribunal Supremo entendió que el alcance de la meritada Sentencia de 12 de julio de 2012 se circunscribía a la telefonía móvil y no al resto de comunicaciones electrónicas. La recurrente no parece discutir este extremo si bien resalta que el reciente Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2014 ya no se circunscribe a la telefonía móvil sino a cualquier comunicación electrónica, incluida la telefonía fija.

Tal Auto fue dictado como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 17 de Barcelona en el recurso 273/2010 sobre "1.-Si la limitación de la aplicabilidad de los cánones del artículo 13 de la Directiva (autorización) únicamente a los titulares de las redes de telecomunicaciones, en la forma que ha sido entendida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/07/2012, puede extenderse a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de la redes de telecomunicación. 2.- Si tales retribuciones y los sujetos pasivos de las mismas se determinan por la ley interna del Estado".

En el párrafo 27 de dicho Auto se dice:

"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 Berguedà 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”.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia en relación a una tasa “de la misma naturaleza que la ya examinada”, es decir, se refiere a una tasa relativa a telefonía móvil. Siendo ello así, no se facilitan por el recurrente elementos de juicio nuevos que determinen la inaplicabilidad del criterio mantenido por el Tribunal Supremo tras el dictado de la Sentencia de 12 de julio de 2012 en el sentido de que “sólo los operadores de telefonía móvil quedarán liberados del pago de la tasa municipal cuestionada; no así, el resto de operadores de servicios de comunicaciones electrónicas (telefonía fija, televisión, servicios de datos...”).

La utilización del dominio público local por parte de las empresas de telefonía fija, bien a título de utilización privativa bien como aprovechamiento especial, es diferente al realizado por las empresas de telefonía móvil, determinándose en el art. 24. 1 c) del TRLRHL una serie de normas respecto a dicha tasa.

En consecuencia, se considera que la tasa cuestionada regulada en la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Girona relativa a la “Taxa per ocupació o aprofitament especial del subsòl, sòl i vol del domini públic” no se opone al Derecho comunitario toda vez que se refiere a telefonía fija.”

TERCERO.- La Sala no comparte las conclusiones de la Sentencia de instancia, habida cuenta que sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado a propósito de los recursos directos interpuestos por idéntica mercantil contra ordenanzas fiscales del mismo tenor, alcanzando un pronunciamiento diametralmente opuesto al que es objeto de apelación. Así, en nuestra Sentencia número 906/2015, de 17 de septiembre, dictada en el recurso núm. 540/2014 y Sentencia número 26/2016, de 18 de enero, dictada en el recurso núm. 122/15, dijimos:

«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 utilizaciones 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 en el caso de la móvil, queda englobado en las 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. »

CUARTO.- Por análogas razones a las contenidas en dichas Sentencias cuyos pronunciamientos hemos reproducido, deberá también prosperar aquí la impugnación indirecta de la ordenanza en cuanto a la determinación del sujeto pasivo y 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 adecúa 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 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 telefonía 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, lo que no se adecúa 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 ciento, 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 trata, ni a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación.

En consecuencia, la liquidación habrá de ser anulada, por considerar contrarios a derechos los reseñados artículos de la Ordenanza Fiscal, que habrán de ser asimismo anulados en virtud de lo previsto en el artículo 27.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por ser competencia de la Sala el examen de la legalidad de dicha disposición general.

QUINTO.- Finalmente, la mercantil apelante también formula impugnación indirecta por motivos formales y aduce que la Ordenanza Fiscal cuestionada infringe los principios de transparencia y proporcionalidad al haberse incumplido por parte del Ayuntamiento demandado las obligaciones de publicidad e información impuestas por la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento y del Consejo, de 7 de marzo de 2002.

Como ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos en las precitadas Sentencias, entiende la Sala que ante dichas afirmaciones genéricas de infracción de los referidos principios - se limita a señalar que el Ayuntamiento ha incumplido la obligación de publicar el resumen anual de gastos que justifiquen la imposición de la tasa y el importe total recaudado impidiéndole verificar si se ha respetado el principio de proporcionalidad - no concreta, menciona ni anuda las alegadas infracciones a ningún precepto de la Ordenanza impugnada, sin especificar que género de indefensión le haya podido ocasionar la falta de publicación de los gastos a que aluden los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE, razón por la cual procede desestimar las infracciones alegadas.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas se impondrán al apelante si se desestima totalmente el recurso, lo que aquí debe conducir a la no imposición de costas al apelante, recurrente en la instancia.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLAMOS

PRIMERO.- ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por _____ itra la Sentencia dictada en el marco del Procedimiento Abreviado 424/2014 y en fecha 6 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Gerona, **QUE REVOCAMOS, ACORDANDO EN SU LUGAR:** 1) **ANULAMOS** la liquidación de la "Taxa per ocupació o aprofitament especial del subsoòl, sòl i vol del domini públic" correspondiente al segundo trimestre de 2014; 2) **ANULAMOS**, por ser no ser

conformes a derecho, los siguientes extremos de la Ordenanza Fiscal reguladora de dicha Tasa: 1º) el artículo 2, en cuanto a la remisión hecha al artículo 5 a los efectos de incluir en la regulación del hecho imponible el aprovechamiento especial del dominio público a las empresas suministradoras de telefonía fija "tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las que se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de estas redes, lo son de derechos de uso de acceso o interconexión a las mismas"; 2º) el artículo 5.2, en cuanto a la cuantificación de la Tasa y los incisos que atribuyen la condición de sujeto pasivo a las empresas de telefonía fija que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

SEGUNDO.- NO EFECTUAMOS pronunciamiento impositivo de las costas procesales devengadas en ambas instancias.

Notifíquese la presente sentencia a las partes comparecidas en el rollo de apelación, con indicación de que contra la misma no cabe recurso alguno, líbrese certificación de la misma y remítase juntamente con los autos originales al Juzgado de procedencia, acusando el oportuno recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal al rollo principal de la apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

CONCURRENDA bien y fielmente con su original al que me ha sido remitido, en virtud de lo solicitado el presente ... *Testeado* ...

Barcelona, a

3-3-16

