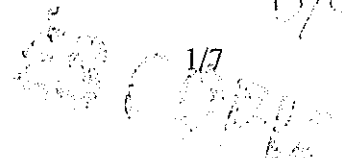




Exp. 105006764

A-3

15/03/16



Juzgado Contencioso Administrativo 3 Girona (UPSD Cont.Administrativa 3)

Plaça de Josep Maria Lidón Corbí, 1
17001 Girona

REFERENCIA: Recurso ordinario 151/2015

Parte recurrente: *[Redacted]*

Parte demandada: AJUNTAMENT DE GIRONA

SENTENCIA núm. 67/2016

Girona, 8 de marzo de 2016.

Visto por mí, M^a Àngels Llopis Vázquez (Juez Sustituta del Juzgado Contencioso Administrativo número tres de los de Girona y su partido) el presente PROCEDIMIENTO ORDINARIO 151/2015 en el que han sido partes, como demandante *[Redacted]*, representada por el Procurador Don FRANCISCO JOSE ABAJO ABRIL y defendida por la Letrada Doña Esther Zamarriego Santiago, y como demandado el AYUNTAMIENTO DE GIRONA (representado y asistido por el letrado Sr. Miró Badía), procede dictar la presente Sentencia sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 27/03/2015 fue Interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto dictado por el Ayuntamiento de Girona en fecha 26-1-2015 que desestima el recurso de reposición interpuesto frente a las liquidaciones de la tasa por el uso privativo o aprovechamiento especial del suelo, subsuelo i vuelo de las vías públicas de titularidad municipal por empresas suministradoras de servicios, correspondientes al primer y tercer trimestre del ejercicio 2014 por importe total de 8.606,93 euros e, indirectamente, contra la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Girona de la que traen causa las liquidaciones impugnadas..

SEGUNDO.- Dado traslado de la misma al demandado, con fecha de 28/07/2015 contestó éste oponiéndose con alegación de los hechos y fundamentos jurídicos que estimó oportunos, y terminando con la solicitud de que se desestimara el recurso y se dictara sentencia por la que declarando ser conforme a derecho el acto recurrido, se le absolviera de las pretensiones en su contra formuladas, imponiéndose al demandante las costas causadas en el procedimiento.

Tras abrir el procedimiento a prueba, se practicaron aquellas pruebas que fueron útiles y pertinentes al objeto del procedimiento. Acto seguido, las partes formularon escrito de conclusiones respectivamente y mediante providencia de 3/03/2016 los autos quedaron conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este pleito se han cumplido todas las prescripciones legales.





FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente pleito, la resolución dictada por el Alcalde del Ayuntamiento de Girona en fecha 26-1-2015 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por [redacted] contra las liquidaciones giradas por el Ayuntamiento de Girona en concepto de tasa por la utilización privativa o del aprovechamiento especial del dominio público en el Municipio de Girona, primer y tercer trimestre del ejercicio 2014, así como e indirectamente, la Ordenanza Fiscal de la que traen causa las liquidaciones impugnadas ex art. 26 de la LJCA.

La Ordenanza Fiscal en cuestión, por remisión del art. 2 de la misma "hecho imponible", en su art. 5 contempla como sujeto pasivo las empresas o entidades explotadoras de los servicios, tanto si son titulares de las correspondientes redes por medio de las cuales se lleva a cabo el suministro como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de los derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas por lo que considera la recurrente, en apretada y breve síntesis, que el establecer un gravamen a una compañía prestadora de servicios de telefonía fija, como aquí nos ocupa, sin tener en cuenta la titularidad de la red y cuya cuantificación no responde al uso óptimo contraviene el Derecho Comunitario. Por otro lado la ilegalidad de la ordenanza fiscal se basa en el incumplimiento de los requisitos de publicidad exigidos en los arts. 17.1 y 2 TRLHL.

Por su parte el Ayuntamiento demandado opone la legalidad de la norma reglamentaria en la que se fundamentan las liquidaciones impugnadas ya que la misma encuentra fundamento jurídico en el art. 24.1.c) del RDL 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y, a diferencia del supuesto analizado en la Sentencia del TSJUE de fecha 12/7/2012 (empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil), la tasa liquidada por el Ayuntamiento de Girona lo es en concepto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por parte de empresas de telefonía fija y, a tal efecto, trae a colación la reciente Sentencia dictada por el JCA núm. de Girona de fecha 6-3-2015.

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión debemos partir de que en fecha 12 de julio de 2012 el TJUE dictó sentencia en respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal Supremo, que a su vez dictó tres sentencias, la primera de fecha 10 octubre de 2012, en el recurso 4307/2009, y las otras dos de fecha 15 de octubre, en los recursos 861/2009 y 1085/2010 resolviendo los recursos de casación interpuestos frente a Ordenanzas Fiscales que establecían una tasa a las operadoras de telefonía móvil.

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".

Y a esta resolución llega teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

"28 Con carácter preliminar, ha de observarse 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 (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de julio de 2006, *Nuova società di telecomunicazioni*, C-339/04, Rec. p. I-6917, apartado 35, y de 10 de marzo de 2011, *Telefónica Móviles España*, C-85/10, aún no publicada en la Recopilación, apartado 21).

29 Según se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, los Estados miembros únicamente están facultados, pues, 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.

30 En el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la idea de que las tasas controvertidas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12 de dicha Directiva ni en el concepto de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números en el sentido del artículo 13 de la misma. Por lo tanto, la cuestión radica únicamente en 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 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.

31 Si bien 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, procede señalar, por una parte, que resulta del artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco 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 vuelo de los bienes públicos o privados.

32 Por otra parte, como señaló la Abogado General en los puntos 52 y 54 de sus conclusiones, 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.

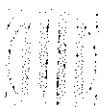
33 De ello se desprende que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella.

34 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.

35 Habida cuenta de todas estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión que el artículo 13 de la 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”.

Por su parte, el Tribunal Supremo, estima los recursos de casación y anula los artículos correspondientes de las Ordenanzas impugnadas, en la parte que extienden el hecho imponible a los operadores que, sin ser propietarios de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil, porque resulta contraria al artículo 13 de la Directiva, como ahora ocurre, si bien en relación a la prestación de servicios de telefonía fija, pues el texto de la ordenanza indirectamente impugnada asimismo considera sujetos pasivos a las empresas explotadoras de servicios, sean o no titulares de las redes a través de las que se efectúa el suministro.

De igual modo, el TS resuelve la cuestión relativa a si la tasa es discriminatoria y desproporcionada para los operadores de telefonía móvil, en el sentido de anular el artículo correspondiente 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 señala, es compartida por esta Sala lo que impide aceptar que para la medición del





valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar por las llamadas efectuadas y recibidas en el Municipio, considerando tanto las llamadas con destino a teléfonos fijos como a móviles como recoge la Ordenanza, y además, utilizando datos a nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto pueden conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio".

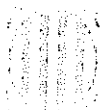
También debe hacerse especial mención a la reciente cuestión planteada por el Juzgado Contencioso núm. 17 de Barcelona, sobre la cual la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013 señala, en su Fundamento de Derecho Primero, que:

"Resulta prioritario que nos pronunciemos sobre la solicitud de suspensión del presente recurso de casación formulada por el Ayuntamiento, que se fundamenta en que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, en el procedimiento ordinario número 102/2010 ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), "en relación a la interpretación que debe darse tanto a su sentencia de 12 de julio de 2012 como al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 , y cuya resolución tendrá una indudable trascendencia a los efectos del presente procedimiento". Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente procesal, la eficacia suspensiva que dicha cuestión prejudicial despliega en el proceso en que se suscita no puede extenderse a este recurso que se resuelve, incluso, después de que el TJUE, en su sentencia de 12 de julio de 2012 , haya resuelto la propia cuestión prejudicial formulada por este Tribunal dando adecuada respuesta a las únicas y específicas cuestiones en ella suscitada.

Desde un punto de vista material, y sin perjuicio del criterio que merezca al TJUE, la cuestión prejudicial del Juzgado aparece formulada en términos tan teóricos y genéricos que no suscita dudas interpretativas a este Tribunal para decidir sobre la adecuación o no al Derecho comunitario europeo de la concreta ordenanza fiscal que fue objeto de enjuiciamiento en la instancia. Dicho en otros términos, la respuesta ya dada por el TJUE es suficiente para enjuiciar, conforme al artículo 13 de la Directiva, la ordenanza concretamente impugnada, con independencia de que las exigencias y prohibiciones del precepto puedan extenderse o no "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 las redes de telecomunicaciones" (sic), con independencia, por tanto, de la naturaleza que este Tribunal aprecia en el ingreso regulado por la ordenanza que examina, y que se determina en atención a sus concretas previsiones sobre el hecho imponible, sujeto pasivo y sistema de cuantificación.

Por lo tanto y en definitiva, no cabe ni suspender la tramitación de las presentes actuaciones ante el planteamiento de una cuestión prejudicial por otro órgano jurisdiccional ni proceder por parte de esta Sala a un nuevo planteamiento de cuestión ante el TJUE".

TERCERO.- Contrariamente a las alegaciones que formula la Letrada del



Ayuntamiento de Girona en el respectivo escrito de contestación a la demanda, así como a los razonamientos contenidos en la Sentencia núm.56/2015, de 6 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.1 de Girona cuya copia se aporta anexa al escrito de contestación a la demanda, las consideraciones hasta aquí expuestas son perfectamente trasladables a las empresas prestadoras de servicios de telefonía fija habida cuenta que se trata de servicios de comunicaciones electrónicas en los términos contemplados por la Directiva 2002/20.

En efecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, Sección Primera, en la Sentencia de fecha 9-12-2015 – y ya anteriormente, en la Sentencia de fecha 17-9-2015 (asunto Sant Jaume de Lierca) -concluye, tras analizar la normativa y la jurisprudencia aplicable, con cita de la jurisprudencia emanada del TS, que (la negrita es efectuada por esta Juzgadora):

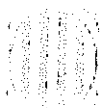
“NOVENO: En definitiva, el Derecho de la Unión no permite exigir una tasa por el uso de la propiedad pública a que se refiere el artículo 13 de la Directiva 2002/20 (EDL 2002/12628) , a las operadoras de telefonía que no sean propietarias de los recursos instalados en el dominio público, pues el uso 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 (EDL 2002/12628), 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. “

En similares términos, ha sido considerado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sección Primera, en las Sentencias de fechas 27-10-2015 (Ayuntamiento Vidreres), 5-11-2015 (Ayuntamiento de Campmany), 5-11-2015 (Ayuntamiento d'Espolla), 6-11-2015 (Ayuntamiento de Parlavà), por todas.

Consiguientemente, sentado cuanto se ha expuesto, resulta procedente estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente y anular y dejar sin efecto la resolución recurrida, así como las liquidaciones tributarias impugnadas, por ser contrarias a Derecho.

CUARTO.-Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, las costas procesales se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el órgano jurisdiccional, aprecie





razonándolo debidamente, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Se recoge de esta forma el principio del vencimiento mitigado, que aquí debe conducir a la no imposición de costas habida cuenta que no se estima que se halle ausente la "justa causa litigandi", esto es, serias dudas de hecho o de derecho en la cuestión examinada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de [redacted] y en consecuencia anular y dejar sin efecto la resolución impugnada de fecha 26/01/2015, así como las liquidaciones giradas por el uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público en el municipio de Girona por importe total de 8.606,93 euros correspondientes a los trimestres primero y tercero del ejercicio 2014. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, informándoles que la presente resolución no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de quince días ante este mismo Juzgado y a resolver por la Sala de lo contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; en cuyo caso será preceptivo a tal fin consignar como depósito, al tiempo de interponer el recurso, la cantidad de 50 € (CINCUENTA EUROS) en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en Banco Santander a nombre de este juzgado, núm. 3912 0000 93 0151 15, código (Disp ad. 15ª de la LOPJ (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), añadida por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial), salvo que concurra alguno de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de dicha disposición adicional.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su constancia en autos, llevando el original al Libro de las de su clase.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

La Juez sustituta

