



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00035/2018

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE VIGO

-

Modelo: N11600
C/ LALIN Nº 4, PISO 5º EDIFICIO Nº2

Equipo/usuario: JC

N.I.G: 36057 45 3 2017 0000343

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000181 /2017 /

Sobre: ADMON. LOCAL

De D/Dª: ORANGE ESPAGNE S.A.U.

Abogado:

Procurador D./Dª: FRANCISCO ABAJO ABRIL

Contra D./Dª: CONCELLO DE VIGO

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

Procurador D./Dª: PAULA LLORDEN FERNANDEZ-CERVERA

SENTENCIA Nº 35/18

Vigo, a 1 de febrero de 2018

Vistos por mí, D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Vigo, los presentes autos de recurso-contencioso administrativo, seguidos ante este Juzgado bajo el número 181 del año 2017, a instancia de la mercantil ORANGE ESPAÑA S.A.U. como **parte recurrente**, representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril y defendida por la Letrada Dña. Eva Arocas Rosell, frente al CONCELLO DE VIGO como **parte recurrida**, representada por la Procuradora Dña. Paula Llordén Fernández Cervera y defendida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos Dña. Carmen Pazos Area, contra las Resoluciones de 7 de abril de 2017 del Tribunal Económico Administrativo Municipal del Concello de Vigo por las que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas presentadas por la actora contra las liquidaciones relativas a la tasa por los aprovechamientos especiales y las utilizaciones privativas del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público, correspondientes al primer y segundo semestre del ejercicio 2015.

También se impugna de forma indirecta la Ordenanza reguladora de la tasa por los aprovechamientos especiales y las utilizaciones privativas del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público, aprobada por el Concello de Vigo.

ANTECEDENTES DE HECHO



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

PRIMERO: El Procurador D. Francisco José Abajo Abril actuando en nombre y representación de la mercantil ORANGE ESPAÑA S.A.U. mediante escrito presentado el 07/06/2017 interpuso recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones de 7 de abril de 2017 del Tribunal Económico Administrativo Municipal del Concello de Vigo por las que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas presentadas por la actora contra las liquidaciones relativas a la tasa por los aprovechamientos especiales y las utilizaciones privativas del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público, correspondientes al primer y segundo semestre del ejercicio 2015.

También se impugna de forma indirecta la Ordenanza reguladora de la tasa por los aprovechamientos especiales y las utilizaciones privativas del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público, aprobada por el Concello de Vigo.

Mediante decreto se acordó admitir a trámite el recurso contencioso-administrativo, reclamar el expediente administrativo, emplazar a la Administración demandada y requerirla para que notifique la resolución por la que se ordena la remisión del expediente a todos los interesados, emplazándoles para que puedan comparecer ante este Juzgado en el término de nueve días.

SEGUNDO: Recibido el expediente administrativo se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda dentro del plazo legal, lo que así hizo.

Presentado el escrito de demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho correspondientes, termina solicitando que se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, previos los trámites oportunos, inclusive el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para el supuesto de que el Juzgado albergue alguna duda sobre la incompatibilidad denunciada por la actora de la Ordenanza Fiscal del Concello de Vigo impugnada con las Directivas 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/19 CE, se dicte sentencia por la que se anule la Resolución impugnada y la liquidación que esta confirma, así como la Ordenanza del Concello que le sirve de causa.

Además solicita la imposición de costas y la condena a la Administración demandada a abonar a la demandante una indemnización de daños y perjuicios, con la finalidad de resarcir el perjuicio causado a la demandante por la demora de la Administración en la revocación de la liquidación indebidamente practicada y en el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. Dicha indemnización debe concretarse en el abono de los intereses legales devengados desde la fecha de la reclamación en vía administrativa y hasta la fecha del efectivo reintegro de las cantidades abonadas por la demandante en virtud de la liquidación impugnada.

TERCERO: Dado traslado del escrito de demanda a la Administración demandada para que lo contestara, presentó escrito de contestación a la demanda, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho correspondientes, termina solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime la demanda y en otro caso, se entienda atendida la petición de devolución de lo ingresado en el 2015 por la tasa regulada en la Ordenanza Fiscal nº 30 por descuento en la tributación



correspondiente al segundo semestre del año 2015 y primer semestre del 2016 –tasa exigida a las empresas de telefonía móvil por la Ordenanza nº 35 del Concello de Vigo-, resultando improcedente la indemnización por daños y perjuicios instada, por los descuentos efectuados.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

CUARTO: Por Decreto de 21 de septiembre de 2017 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada y mediante auto de la misma fecha se acordó recibir el procedimiento a prueba. Una vez practicada la admitida, con el resultado que es de ver en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, se declararon los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Sobre el objeto del recurso.

El recurso contencioso-administrativo presentado por la mercantil ORANGE ESPAGNE S.A.U. tiene como objeto las Resoluciones de 7 de abril de 2017 del Tribunal Económico Administrativo Municipal del Concello de Vigo por las que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas presentadas por la actora contra las liquidaciones relativas a la tasa por los aprovechamientos especiales y las utilizaciones privativas del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público, correspondientes al primer y segundo semestre del ejercicio 2015.

También se impugna de forma indirecta la Ordenanza reguladora de la tasa por los aprovechamientos especiales y las utilizaciones privativas del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público, aprobada por el Concello de Vigo.

El primer motivo de impugnación se refiere a la vulneración por la Ordenanza aplicada de la exigencia contenida en las Directivas 2002/20 y 2002/21 CE, y la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia de 12 de julio de 2012 y auto de 30 de enero de 2014, conforme a las cuales la referida tasa solo puede ser exigida a los titulares de las redes, titularidad que niega expresamente la actora en su escrito de conclusiones; además conforme al Derecho de la Unión Europea la tasa únicamente podrá ser exigida a los titulares de la redes cuando ello sea necesario para garantizar el uso óptimo de los recursos, no constando en este caso en la Ordenanza razón o justificación en dicho sentido, limitándose el Ayuntamiento a gravar a los titulares y no titulares.

En segundo lugar se cuestiona el método de cuantificación de la tasa, imputándole la infracción de los principios de transparencia y proporcionalidad en los términos exigidos por la Directiva 2002/20 CE.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZIA

SEGUNDO: La admisibilidad de la impugnación indirecta de la Ordenanza y la controvertida titularidad por la actora de redes e instalaciones.

La admisibilidad de la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal planteada con ocasión de un acto dictado en aplicación de esa ordenanza exige que el fundamento de la nulidad del acto recurrido sea precisamente la nulidad, por consideraciones de índole sustantiva, de la norma aplicada por dicho acto. Además es preciso que el vicio sustantivo que afecte a la disposición general afecte del mismo modo al acto que hace aplicación de dicha disposición, de tal forma que la nulidad del acto se derive, precisamente, de la propia nulidad de la disposición general aplicada. En este sentido, y según jurisprudencia consolidada tan solo cabe articular la impugnación indirecta como vía para discutir la legalidad del único acto directamente impugnado y en conexión dialéctica con éste y con su concreto contenido. Así lo indica la **STS, Sección 5ª, de 19 de abril de 2012, recurso 4328/2009.**

Por lo que se refiere a la exigencia de la tasa a quienes no son titulares de redes, sino meramente de derechos de uso, acceso o interconexión, hay que señalar que ya fue objeto de anulación por la Sentencia del TSJ de Galicia de 29/05/2015, en el recurso de apelación 15030/2015, que anuló el artículo 4.5 de la Ordenanza Fiscal 30 del Concello de Vigo en cuanto incluye en el mismo utilizaciones o aprovechamientos de empresas que no sean titulares de redes o instalaciones. En cumplimiento de la sentencia, el Pleno municipal en su sesión de fecha 29/09/2015 aprobó provisionalmente las modificaciones de las ordenanzas fiscales para el año 2016. El citado acuerdo fue publicado en el BOP de 01/10/2015 y en la prensa local el 09/10/2015. La redacción literal del artículo 4.5 de la Ordenanza, para el año 2016, ya introduce la salvedad para las empresas de telecomunicaciones, al disponer que las mismas solo tributarán en este régimen de cuantificación si son titulares de las redes, a diferencia del resto de empresas explotadoras de servicios o suministros que resulten de interés general que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, en las que el régimen especial de cuantificación –esto es, en función del 1,5% de los ingresos brutos de la facturación en el término municipal- se aplica a las empresas tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las que se efectúa el suministro como si, no siendo titulares de las redes a través de las cuales se efectúan los suministros, lo son de los derechos de uso, acceso o interconexión.

De la aplicación de la citada sentencia anulatoria del TSJ de Galicia de 29/05/2015, en el recurso de apelación 15030/2015, ya se desprende la inexigibilidad de la tasa a las empresas de telecomunicaciones que no sean titulares de redes o instalaciones, por aplicación del Derecho de la Unión Europea, en particular la Directiva 2002/20 CE, y doctrina del TJUE, extremo sobre el que no existe especial controversia, y que debió haber sido ponderado en la resolución de los expedientes de solicitud de rectificación de autoliquidación de la tasa, y en la impugnación en vía económico-administrativa, cuya resolución es posterior a la anulación parcial de la Ordenanza, en cuanto suponía la exigencia de la tasa a quienes no eran titulares de redes o instalaciones que ocupasen el dominio público local, exigencia que se eliminó en la modificación de la ordenanza, aprobada tras la sentencia anulatoria del año 2015.

Situados en este contexto normativo, lo cierto es que la liquidación girada a la actora por la tasa por los aprovechamientos especiales y las utilizaciones privativas del suelo, vuelo, o subsuelo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

de dominio público, correspondientes al primer y segundo semestre del ejercicio 2015, en aplicación de la Ordenanza nº 30, debe ser anulada, porque no se ha acreditado que la recurrente sea titular de redes o instalaciones que ocupen el dominio público local con las cuales preste el servicio de telefonía fija o cualquier servicio de telecomunicaciones distinto a la telefonía móvil.

A este respecto hay que tener en cuenta que el régimen especial de cuantificación de la tasa regulado en la Ordenanza Fiscal nº 30 del Concello de Vigo, artículo 4.5, que es el aplicado en las liquidaciones impugnadas, deja fuera expresamente los servicios de telefonía móvil, que no se incluyen en este régimen normativo (en coherencia con lo dispuesto en el artículo 24.1 c) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales). Por ello, no se puede tener en cuenta la titularidad de redes o instalaciones afectas a la prestación del servicio de telefonía móvil, cuya ocupación del dominio público local se grava a través de la tasa regulada por una Ordenanza distinta a la aplicada, la nº 35.

El Concello no acredita la titularidad de redes o instalaciones afectas a la prestación del servicio de interés general que se grava con la tasa aplicada, al tener en cuenta tan solo los metros lineales de ocupación con redes valorados a los efectos del servicio de telefonía móvil.

Para resolver la duda sobre la efectiva titularidad por la actora de redes o instalaciones afectas a la prestación de un servicio de telecomunicaciones que no sea el de telefonía móvil, resulta de especial relevancia lo resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vigo nº 390 de 23 de noviembre de 2016, dictada en el procedimiento ordinario 360/2015, promovido por la misma demandante contra el Concello de Vigo en impugnación de otra liquidación por la misma tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público local, con la única diferencia del ejercicio económico, al referirse al primer semestre de 2014.

En el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia, aportada por la actora con su demanda, se indica que la empresa aquí demandante, esto es, ORANGE ESPAGNE S.A. no es titular de la red de telefonía fija que discurre por el dominio público local del término municipal de Vigo, sino que presta servicio a través del par de cobre propiedad de otras operadoras (fundamentalmente TELEFÓNICA), a la que abona el correspondiente alquiler, tras haberse adherido a la Oferta de Acceso al Bucle del Abonado ("Acuerdos OBA") ofrecida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También se valora la documentación aportada por la demandante a aquel procedimiento, a raíz de la puesta en cuestión de esta situación fáctica por parte de la representación procesal del Concello de Vigo en su escrito de contestación a la demanda, y la considera "*asaz explicativa y justificativa de este dato. La documental aportada por el Concello de Vigo no desvirtúa este aserto, porque viene referida a la telefonía móvil, y con relación a la Ordenanza nº 35 (reguladora de la tasa correspondiente)*".

Estas conclusiones son trasladables al presente caso, donde el Concello no aporta más datos de titularidad de redes e instalaciones que aquellos que se refieren a la telefonía móvil, cuya ocupación es gravada con otra tasa distinta a la impugnada y regulada por una Ordenanza (la nº 35) distinta a la aplicada en las liquidaciones recurridas.



La actora en la demanda impugna la liquidación por exigirse la tasa a quien no es titular de las redes e instalaciones, y en sede de conclusiones, de forma más rotunda, afirma que Orange Espagne no presta servicios de voz y datos fijos en el municipio de Vigo a través de redes de su titularidad, sino que presta dichos servicios a través de redes de Telefónica, sin que obre en el procedimiento documento alguno que evidencie que la actora sea titular de esas redes. A ello añade que el servicio de telefonía fija, a diferencia del servicio de telefonía móvil, se presta por cable, por lo que, de haber instalado la actora una red propia para dar servicio al municipio de Vigo, hubiese tenido que tramitar muchos expedientes de ocupación del dominio público y obviamente el Ayuntamiento tendría constancia de los mismos.

Continúa la actora exponiendo la forma en que opera en Vigo, de forma coincidente con lo apreciado en la sentencia anteriormente citada del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vigo. El Concello de Vigo no acredita que para la prestación de servicios de telecomunicaciones distintos a la telefonía móvil la actora disponga de redes o instalaciones de titularidad propia.

TERCERO: Sobre la anulación de las liquidaciones por la tasa exigida a quien no es titular de redes o instalaciones para prestar servicios distintos a la telefonía móvil.

Como conclusión de lo razonado en el fundamento de derecho anterior debe extraerse que concurre un primer motivo de anulación de las liquidaciones impugnadas, a la luz 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), que fue objeto de modificación por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009; y en particular a la vista del pronunciamiento prejudicial de interpretación de dicha normativa contenido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) en la sentencia de 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11 , C- 57/11 y C-58/11), que resuelve las peticiones de decisión prejudicial presentadas por el Tribunal Supremo que precisamente tenían por objeto la interpretación del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE .

El artículo 13 de la Directiva autorización se refiere a los Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos, estableciendo que " *Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco) "*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) en la sentencia de 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11 , C- 57/11 y C-58/11), responde a las cuestiones prejudiciales planteadas, declarando lo siguiente:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

"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...".

Dicha sentencia se refería solo a las empresas operadoras de telefonía móvil -a las que se le aplicaba la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en su modalidad de cuantificación especial del artículo 24.1 c) del TRLHL- por ser la respuesta a una cuestión prejudicial planteada en el marco de un proceso promovido por una de estas empresas en relación con la aplicación de esa tasa; es decir, ésta era la cuestión debatida en el asunto sometido a su enjuiciamiento, que versaba únicamente sobre si podían quedar liberadas del pago de la tasa las operadoras de telefonía móvil. Pero esta doctrina es aplicable a todas las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, tal y como se desprende del **Auto del TJUE de 30 de enero de 2014**, que responde a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 17 de Barcelona en los siguientes términos:

"El Derecho de la Unión debe interpretarse a la vista de la sentencia de 12 julio 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 marzo 2002, relativa a la utilización de redes y servicios de telecomunicaciones electrónicas (Directiva autorización), a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas, sin ser propietarios de dichos recursos".

La propia lectura de sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012 permite interpretar que su decisión era aplicable a las empresas prestadoras de otros servicios diferentes que no sean el de telefonía móvil (telefonía fija, televisión...), y que para la prestación de esos servicios utilicen recursos o instalaciones ajenas. En primer lugar, porque el precepto de la Directiva interpretado por el TJUE se refiere con carácter general a la posibilidad de que los Estados permitan a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos, siendo el hecho susceptible de canon "el reconocimiento de derechos de ocupación de la propiedad pública o privada". Por tanto, el precepto interpretado tiene un alcance general que lo hace aplicable no solo a las tasas impuestas a las operadoras de los servicios de telefonía (en este sentido se pronuncia la **Sentencia del TSJ de Galicia de 29 de mayo de 2015, nº 282/2015, recurso de apelación 15030/2015**).



En segundo lugar, hay que resaltar que el TJUE en el apartado 33 de su sentencia afirma, sin ninguna consideración a si nos encontramos ante operadoras de telefonía móvil o de prestación de otros servicios, que "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.", apreciación que es aplicable al caso que nos ocupa.

Este motivo de anulación de las liquidaciones no suscita la necesidad del planteamiento de ninguna cuestión de ilegalidad a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, que carecía de objeto, ya que la dicción actual y vigente de la Ordenanza ya excluye expresamente de la tasa a aquellas empresas que no sean titulares de redes, limitando la aplicación de la tasa a aquellas que sí lo sean, en coherencia con las exigencias de la Directiva autorización.

CUARTO: Sobre la impugnación del método de cuantificación de la tasa.

La actora impugna la las liquidaciones por la tasa por los aprovechamientos especiales y las utilidades privativas del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público, correspondientes al primer y segundo semestre del ejercicio 2015, cuestionando el método de cuantificación de la tasa, imputándole la infracción de los principios de transparencia y proporcionalidad y objetividad en los términos exigidos por la Directiva 2002/20 CE.

Las liquidaciones aplican el artículo 4.5 de la Ordenanza nº 30, conforme al cual se cuantifica en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que se obtengan anualmente en el término municipal, en aplicación del artículo 24.1 c) del TRLHL, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004.

La improcedencia de la aplicación de este método de cuantificación a las empresas de telecomunicaciones, por vulnerar los requisitos de la Directiva 2002/20, ya ha sido examinada por la **Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia en sentencia de 11 de octubre de 2017, nº 449/2017, recurso 15017/2017**, que con remisión a la jurisprudencia existente, especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (recurso 1869/2015), confirma el criterio del juzgado de instancia sobre la improcedencia del establecimiento del 1,5% de la facturación bruta como método cuantificación de la base imponible de la tasa respecto a una empresa de telecomunicaciones, al considerar que no cumple con las exigencias de relación coste-servicio/tasa, al no acreditar la debida correspondencia y proporcionalidad entre uno u otro.

En este punto hay que traer a colación la citada sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 08/06/2016, nº 1351/2016, nº recurso 1869/2015, que resume la evolución de la jurisprudencia en la materia. Por lo que se refiere a la etapa más reciente, caracterizada por "tener muy presente el marco normativo europeo como límite al establecimiento de la tasa por ocupación del dominio público por operadoras de telefonía", los criterios a aplicar pueden resumirse en los siguientes términos:



“ a) Se tiene en cuenta la armonización negativa o de segundo grado impuesta por el Derecho europeo, especialmente derivada de las cuatro directivas sobre telecomunicaciones: Directiva 2002/21, Marco Regulador común de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva marco); Directiva 2002/20, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva autorización); Directiva 2002/19, de acceso a las redes de comunicación y recursos asociados a su interconexión (Directiva acceso); y Directiva 2002/22 sobre servicio universal y derecho de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal).

Estas normas no establecen una armonización, pero sí una serie de requisitos y limitaciones a las potestades tributarias de los Estados miembros con dos finalidades: garantizar el desarrollo de un sector que se considera prioritario para el desarrollo económico y asegurar la competencia dentro del mercado de las telecomunicaciones.

De la regulación europea no puede desprenderse cuál ha de ser el contenido concreto de las tasas municipales sobre instalaciones en el dominio público local de las que se sirven los operadores de telefonía, pero lo que sí establecen las normas europeas son unos límites, generales y específicos, que no pueden ser sobrepasados, en el ejercicio de sus potestades tributarias, por las autoridades de los Estados miembros. Límites que no siempre se enuncian con claridad sino que se deducen de los objetivos de las Directivas y de la interpretación que de dichas normas hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

b) Planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE que dio lugar a la sentencia de 12 de julio de 2012 . Ante la alegación de que las ordenanzas examinadas infringían los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, este Tribunal planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

1º) Si el artículo 13 de la Directiva autorización permitía el establecimiento de un canon por derechos de instalación de recursos en el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía.

2º) Si permitía las condiciones en que el canon o tasa se cuantificaba en las correspondientes ordenanzas.

3º) Si el mencionado artículo 13 reunía las características necesarias para que, de acuerdo con la jurisprudencia europea, gozase de efecto directo.

Este Tribunal formuló la segunda cuestión, relativa a la determinación de la cuantía de la tasa de forma subsidiaria para el caso de que, en respuesta a la primera, el TJUE concluyera que era compatible con el artículo 13 de la Directiva un sistema que exigía el canon también a las compañías de telefonía que no eran titulares de la red que usaban para prestar el servicio.



En las conclusiones de la Abogada General, de 14 de marzo de 2012 se respondió a las tres cuestiones: El artículo 13 de la Directiva era de aplicación directa; no autorizaba a los Estados miembros a imponer a los operadores de telefonía un canon por el uso de los recursos instalados en el dominio público local que sean propiedad de otras empresas; y que el canon contemplado no satisfacía los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trata, en cuanto se basaba en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa o en otros parámetros que guardaran relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso resultante del uso efectivo que haga la empresa de dichos recursos.

La STJUE de 12 de julio de 2012 respondió en sentido afirmativo sobre la eficacia directa del artículo 13 de la Directiva, que debe ser entendido en el sentido de que se opone a la aplicación a 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 el servicio de telefonía. Y, a la vista de la respuesta dada esta cuestión, resultaba innecesario responder a la suscitada sobre la cuantificación de la tasa.

c) Desde dicha sentencia del TJUE, la doctrina de esta Sala es la siguiente:

1º) En relación con el hecho imponible se permite exclusivamente la imposición de cánones o tasas por los derechos de uso de radiofrecuencias (tasa por espectro electrónico); derechos de uso de numeración (tasas por numeración); y derechos de instalación de recursos en propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma (tasa por ocupación o aprovechamiento especial del dominio público local).

2º) En cuanto a la trascendencia de la titularidad de la red o recursos instalados en el dominio público local, siguiendo en este punto la doctrina del TJUE:

-) El artículo 13 de la Directiva autorización no permite incluir en los cánones o tasas a los operadores que, sin ser propietarios de los recursos instalados en el dominio público, utilicen los recursos instalados de otras operadoras.

-) La Directiva no define 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 la instalación. Sin embargo, del artículo 11.1 de la Directiva marco puede deducirse que se refiere a la empresa u operadora habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, subsuelo o el espacio situado por encima del suelo; y los términos recursos e instalaciones remiten a las infraestructuras físicas que permiten la comunicación electrónica y a su colocación física en la propiedad pública o privada.

3º) En cuanto a la cuantificación de la tasa, este Tribunal, de manera reiterada y en aplicación de la doctrina contenida en las mencionadas conclusiones de la Abogada General cuando no es compatible con los siguientes requisitos:



- **Transparencia** a cuyo efecto, este Tribunal señala que las Ordenanzas reguladoras cumplen con este requisito si resulta adecuado y con las garantías suficientes el procedimiento normativo de aprobación y la publicidad.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Ahora bien, pueden surgir problemas cuando las reglas o fórmula de cálculo no guardan relación con el valor real del aprovechamiento.

A estos efectos, no resulta transparente el método de cálculo si los informes económicos no incorporan criterios de cálculo que se correspondan con los valores de mercado de la propiedad o de la utilidad obtenida por su utilización, resultando difícil interpretar la necesaria conexión.

-**Objetividad o justificación objetiva**, exigencia que no se da cuando el importe del canon o la tasa no guarda relación con la intensidad del uso del recurso escaso y el valor presente y futuro de dicho uso. Y este requisito no se cumple cuando la cuantía de la tasa viene determinada por los ingresos brutos obtenidos por una compañía o por su volumen de negocio.

-**Proporcionalidad**, requisito que no concurre en la cuantificación que utiliza parámetros que arroja un montante que va más allá de lo necesario para garantizar el uso óptimo de recursos escasos. Esto es, la cuantía debe guardar una relación de proporcionalidad con los usos o utilización del dominio público por los operadores de telefonía. (...)"

QUINTO: Sobre la incompatibilidad del método de cuantificación de la tasa con el Derecho de la Unión Europea. Consecuencias de los principios de primacía y efecto directo.

La cuantificación de la tasa a partir de un porcentaje de los ingresos brutos de facturación en el término municipal no cumple con estos requisitos de transparencia, objetividad y proporcionalidad, ya que "no guarda relación con la intensidad del uso del recurso escaso y el valor presente y futuro de dicho uso".

Por el motivo expuesto, y en atención al efecto directo de la Directiva 2002/20 y la primacía del Derecho de la Unión Europea, debe considerarse inaplicable el método de cuantificación aplicado en las liquidaciones impugnadas, siendo un segundo motivo de nulidad de las mismas, debiendo prevalecer la Directiva autorización 2002/20 CE sobre el artículo 4.5 de la Ordenanza fiscal nº 30 del Concello de Vigo y sobre el artículo 24.1 c) del TRLHL.

Este desplazamiento de la normativa interna por la aplicación prevalente del Derecho de la Unión Europea no justifica ni un pronunciamiento formal de nulidad de la Ordenanza (para el que este Juzgado carece de competencia) y tampoco el planteamiento de la cuestión de ilegalidad ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia. Ello es así porque el debate no radica en la confrontación de la Ordenanza con el TRLHL, sino si la Ordenanza y el artículo 24.1 c) del TRLHL, en tanto abarca a las empresas de telecomunicaciones, es compatible o no con el ordenamiento comunitario, y dicha cuestión la debe resolver el tribunal, de la siguiente forma: de considerar que no existe compatibilidad, no aplicando la normativa nacional, sin precisar de la elevación de la cuestión a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, dado que el artículo 27.1 de las LJCA



está previsto para los supuestos de ilegalidad, entendida al confrontar la norma reglamentaria con la normativa nacional, y no cuando la ilegalidad es por vulnerar la normativa comunitaria.

En el sentido expuesto la **Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia en sentencia de 11 de octubre de 2017, nº 449/2017, recurso 15017/2017**, recaída en un supuesto similar, indica que la Ordenanza municipal, al ser en el aspecto controvertido una reproducción del artículo 24.1 c) del TRLHL, incurre en una causa de nulidad que no es la infracción de la Constitución sino de la normativa europea, por lo que “propiamente no estamos ante una cuestión de ilegalidad”. Razona la precitada sentencia que el tema de si una ordenanza es compatible con el ordenamiento comunitario debe resolverlo el tribunal, y de considerar que no existe compatibilidad, lo que procede es no aplicar la normativa nacional, sin precisar elevar la cuestión a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia.

Por las razones expuestas no se puede acoger la pretensión de anulación de la Ordenanza que sirve de base para el acto impugnado, ya que este Juzgado no tiene competencia para la anulación de disposiciones generales de rango reglamentario aprobadas por la Administración municipal, no siendo procedente tampoco el planteamiento de una cuestión de ilegalidad, sino el desplazamiento del texto de la Ordenanza, en cuanto a la regulación del método de cuantificación, por la aplicación prevalente de Directiva autorización 2002/20, como base de la anulación de las liquidaciones.

SEXTO: Sobre el previo descuento de lo ingresado por las liquidaciones impugnadas y la indemnización solicitada.

El Concello de Vigo ha alegado, a lo largo del presente procedimiento, el inicio del expediente de aprobación de la Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, vuelo o subsuelo del dominio público local con instalaciones, redes y recursos de telecomunicaciones electrónicas, con ocasión de la cual se pretende dispensar un tratamiento igualitario para las comunicaciones electrónicas, con plena aplicación del “paquete de telecomunicaciones” y de la doctrina fijada por el TJUE en su sentencia de 12/07/2012. En esa modificación propuesta de la normativa reglamentaria reguladora de la tasa se prevé únicamente la tributación de los titulares de redes y recursos y la imposibilidad de tener en cuenta el volumen de ingresos de la empresa operadora/instaladora/titular, con expresa exclusión de la fórmula del 1,5% de los ingresos brutos, que fue la aplicada por las liquidaciones impugnadas. Pero estas modificaciones, para el caso de que se aprueben, serán de aplicación a ejercicios económicos posteriores al impugnado, y además todavía no se han aprobado ni están vigentes. Por tanto, esa modificación futura de la Ordenanza no satisface ninguna de las pretensiones deducidas en la demanda, ni pueden ser tomadas en consideración como una satisfacción extraprocesal que ponga fin al procedimiento, ya que una derogación futura no es equivalente a una anulación.

En cuanto a las consecuencias de la anulación de las liquidaciones impugnadas en esta litis, pasan por la obligación de devolución a la actora de las cantidades abonadas por dichas liquidaciones, con los intereses legales devengados desde la fecha de la reclamación en vía



administrativa y hasta la fecha del efectivo reintegro de las cantidades abonadas por la demandante en virtud de la liquidación impugnada, tal y como se solicita en la demanda.

Ahora bien, no cabe obviar una realidad alegada y probada por el Concello de Vigo: con anterioridad a esta sentencia, de hecho con anterioridad a la demanda, el importe de las liquidaciones impugnadas fue descontado del importe de las liquidaciones de la tasa regulada por la Ordenanza nº 35 reguladora de la tasa por la utilización privativa y aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, en aplicación del artículo 4.4 de esa Ordenanza nº 35, que dispone que la cuota tributaria resultante de la aplicación de los apartados 4.1, 4.2 y 4.3 anteriores **podrá ser minorada en el importe que eventualmente el sujeto pasivo hubiera ingresado conforme al artículo 4.5 de la Ordenanza Fiscal nº 30 del Concello de Vigo**, que regula las tasas por el aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público local, siendo este último precepto el aplicado por las liquidaciones impugnadas.

En este sentido, el Concello de Vigo alega el efecto neutro que supone el pago de las liquidaciones impugnadas para la actora, desde la perspectiva económica del gravamen, ya que la demandante no tiene en cuenta que en el ejercicio 2015 autoliquidó el 2º semestre del 2015 de la tasa por telefonía móvil (Ordenanza fiscal nº 35) y aplicó el descuento de lo autoliquidado correspondiente al primer semestre del 2015 por la tasa exigida por la Ordenanza fiscal nº 30 (y después instó su rectificación); y tampoco cabe obviar que hubo que tramitar el procedimiento de comprobación limitada respecto del primer semestre de 2016 por la tasa por telefonía móvil, (toda vez que la mercantil no cumplió su obligación de autoliquidación por semestres de la tasa regulada en la Ordenanza nº 35), y en ese procedimiento de comprobación limitada se descontó lo autoliquidado correspondiente al 2º semestre de 2015 por la tasa exigida por la Ordenanza nº 30.

Este descuento no responde a una arbitraria compensación efectuada por el Concello, sino a una concreta previsión reglamentaria, al introducir como parámetro de cuantificación previsto en el método de cuantificación regulado en el artículo 4.4 de la tasa regulada por la Ordenanza Fiscal nº 30 el descuento de lo ingresado por el mismo sujeto pasivo conforme al apartado 4.5 de la Ordenanza Fiscal nº 30. Este descuento ya fue objeto de consideración por la sentencia de este Juzgado de 14/03/2016 en el procedimiento ordinario 402/2015, confirmada en apelación por la STSJG nº 421/2016, recurso 15011/2016, como mecanismo que evita la duplicidad impositiva entre las tasas reguladas en el artículo 24.1 a) y 24.1 c) del TRLHL, “ya que en la liquidación de la primera se establece la deducción del importe que haya sido pagado por la segunda, sin que en la exacción del 1,5% de los ingresos obtenidos en el término municipal se tengan en cuenta los derivados de la telefonía móvil.”

Por tanto, no se vulnera la incompatibilidad entre ambas modalidades de cuantificación de la tasa por ocupación del dominio público local, al permitir la deducción de lo ingresado por la tasa del 1,5% prevista en desarrollo del artículo 24.1 c) por el artículo 4.5 Ordenanza Fiscal nº 30 del Concello de Vigo, que regula las tasas por el aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público local, si bien esa deducción de lo abonado por esa tasa correspondiente al primer semestre



del año 2015 se realiza en la liquidación correspondiente al segundo semestre de dicho año, porque hasta ese momento no habrá podido realizar el ingreso de dicha tasa del 1,5% de los ingresos brutos de facturación correspondiente a ese período. Con este mecanismo de deducción se evita la duplicidad impositiva entre ambas tasas, y se viene a eliminar la carga impositiva que supone para la actora las liquidaciones impugnadas.

Ahora bien, la anulación formal de las liquidaciones impugnadas en esta litis debe comprender el reintegro efectivo de lo abonado por la actora en pago de las mismas, con los intereses desde la reclamación administrativa hasta que ese reintegro sea completo, sin perjuicio de que como consecuencia de esta sentencia se vean afectadas las liquidaciones practicadas en relación con la tasa de la Ordenanza nº 35, que según se alega por la demandante no son firmes porque se encuentran recurridas, y en las cuales habrá que tener en cuenta ese reintegro de lo abonado previamente, y por tanto, la improcedencia del descuento efectuado en las mismas de los importes previamente abonados y que ahora el Concello debe reintegrar, lo que podrá motivar, si es el caso, la práctica de liquidaciones complementarias en relación con la tasa regulada por la Ordenanza Fiscal nº 35, con los intereses correspondientes, ya que un efecto reflejo de esta sentencia será la improcedencia de los descuentos efectuados en las liquidaciones de la tasa regulada por la Ordenanza Fiscal nº 35.

En atención a lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso, en el sentido de anular las liquidaciones impugnadas, dejándolas sin efecto, sin que proceda anular la Ordenanza –que es conforme al TRLHL- ni plantear cuestión de ilegalidad.

SÉPTIMO: Sobre las costas procesales.

No se aprecia la existencia de circunstancias que justifiquen una condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA, en atención a la existencia de serias dudas de derecho, derivadas de la naturaleza de las cuestiones objeto de controversia, que ofrecen un cierto margen de apreciación respecto a la aplicación de determinados conceptos jurídicos indeterminados en el enjuiciamiento de la validez de la Ordenanza aplicada, y en atención a las particularidades del caso, en el que el importe reclamado ya había sido descontado a la actora de otras liquidaciones distintas a las impugnadas en esta litis, y valorando además el carácter parcial de la estimación de la demanda, por no incorporar ningún pronunciamiento formal de nulidad de la Ordenanza aplicada y por desestimar el planteamiento de cuestión de ilegalidad, al apreciarse la contravención del Derecho de la Unión Europea por parte de la normativa interna, tanto legal como reglamentaria, y no la ilegalidad de la Ordenanza aplicada por contravención de la normativa legal interna.

FALLO



Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO** el recurso contencioso-administrativo, presentado por la mercantil ORANGE ESPAGNE S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL contra las Resoluciones de 7 de abril de 2017 del Tribunal Económico-Administrativo Municipal del Concello de Vigo por las que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas presentadas por la actora contra las liquidaciones relativas a la tasa por los aprovechamientos especiales y las utilidades privativas del suelo, vuelo, o subsuelo de dominio público, correspondientes al primer y segundo semestre del ejercicio 2015, y ANULO las resoluciones impugnadas, dejando sin efecto las liquidaciones impugnadas, con la obligación de reintegro a la actora de las cantidades abonadas por dichas liquidaciones, con los intereses legales devengados desde la fecha de la reclamación en vía administrativa y hasta la fecha del efectivo reintegro de las cantidades abonadas por la demandante en virtud de las liquidaciones impugnadas.

No ha lugar a declarar la nulidad de la Ordenanza nº 30 del Concello de Vigo ni al planteamiento de cuestión de ilegalidad.

No se hace expresa condena respecto de las costas causadas en este juicio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación, que deberá presentarse en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación y del que conocerá la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Para la interposición de dicho recurso de apelación será precisa la consignación como depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 3308.0000.85.0181.17.

Está exenta de constituir el depósito referido la Administración pública demandada con arreglo al art. 1.19ª de la Ley Orgánica 1/2009.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo acuerda, manda y firma D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo. Doy fe.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado- Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el día de hoy que es el de su fecha, doy fe.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA