

BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE

Referencia: NFJ057803

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN (Sede en Burgos)

Sentencia 285/2014, de 22 de diciembre de 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 37/2014

SUMARIO:

Tasa por Licencia de apertura de establecimiento. Hecho imponible. Actividad sujeta a licencia ambiental. Se aprecia la inadecuación de la ordenanza a los cambios normativos operados por el Decreto Ley 3/2009, pues eliminada la licencia de apertura de establecimientos a que se refería el art. 33 de la Ley 11/2003 de Castilla y León (Prevención Ambiental) en su versión original, para sustituirla por una comunicación de inicio, y como quiera que en el caso de actividades sujetas al licencia ambiental, como en este caso en el que nos encontramos en el que se pretende el inicio de actividad de un parque eólico, la presentación de tal documentación habilita para el ejercicio de la actividad y supone la inscripción de oficio en los correspondientes registros ambientales. Así pues, hemos de concluir que actualmente no es necesaria antes de la puesta en marcha una previa actividad técnica o administrativa tendente a conceder la denominada licencia de apertura, por lo que la comunicación de inicio de actividad, no conlleva ya ninguna actividad municipal, ni técnica ni administrativa previa al otorgamiento de la licencia apertura, como refiere el art. 2 de la ordenanza aplicada. Al no haberse establecido una tasa por la realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuese sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa, en los términos previstos en el art. 20.4 i) del TRLHL, no concurre el hecho imponible de la tasa y debe anularse el precepto de la ordenanza aplicado por no ser conforme a Derecho.

PRECEPTOS:

Ley 11/2003 de Castilla y León (Prevención Ambiental), arts. 33 y 35.

RDLeg. 2/2004 (TRLHL), art. 20.

Constitución española, arts. 24 y 120.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 27, 86, 123 y 126.

Ley 58/2003 (LGT), art. 14.

PONENTE:*Doña Concepción García Vicario.*

Magistrados:

Don LUIS MIGUEL BLANCO DOMINGUEZ

Doña MARIA CONCEPCION GARCIA VICARIO

Doña MARIA DE LA ENCARNACION LUCAS LUCAS

SENTENCIA

En la Ciudad de Burgos, a veintidós de diciembre de dos mil catorce.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Burgos, siendo Ponente la Sra. Concepcion Garcia Vicario, ha visto en grado de apelación, el Rollo de Apelación Nº 37/14 interpuesto contra la sentencia Nº 233/14, de 17 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 1 de Soria, en el recurso contencioso administrativo seguido por el Procedimiento Ordinario Nº 439/13, habiendo sido partes en esta instancia, como apelante, el Ayuntamiento de Ágreda representado por el Procurador Don Cesar Gutiérrez Moliner y asistido del Letrado Don José Luis García Larrouy, y como parte apelada la mercantil Parque Eólico Sierra del Madero S.A. representada por la Procuradora Doña Pilar Alfageme Liso y asistida de la Letrada Doña Elena Fernández Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Soria, en el proceso indicado, dictó sentencia con fecha 17 de junio de 2014 cuya parte dispositiva acuerda:

" Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora sra. Valero, he de anular y anulo la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra resolución de la Alcaldía de Ágreda de 21 de marzo de 2013 por la que se aprueba la liquidación en concepto de tasa por inicio de actividad de las instalaciones del parque eólico Ágreda y LAT SET ÁGREDA-SET MONCAYO por importe de 72.000 euros, dejando sin efecto la liquidación indicada, condenando en costas al Ayuntamiento de Ágreda.

Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Valero, he de anular y anulo Decreto de presidencia de la Diputación Provincial de Soria de 23 de agosto de 2013 desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra notificación de providencia de apremio por débito de la referida tasa por importe de 87.450,10 euros, dejando sin efecto la providencia de apremio y requerimiento de pago de fecha 24 de junio de 2013, declarando las costas de oficio.

Firme que sea esta sentencia, plantéese cuestión de legalidad ante la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Castilla y León, sede en Burgos, respecto al art. 2 de la Ordenanza nº 1 del Ayuntamiento de Ágreda reguladora de la tasa por licencia de apertura de establecimientos."

Segundo.

Contra dicha resolución por el Ayuntamiento demandado en la instancia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos dándose traslado del mismo a las partes intervinientes, habiendo sido impugnado por la mercantil recurrente en la instancia con el resultado que obra en autos.

Remitidos los autos a esta Sala, una vez vencido el plazo de personación de las partes, se señaló para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2014 lo que se ha llevado a cabo.

Tercero.

En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se impugna en el presente recurso de apelación por el Ayuntamiento de Ágreda la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 1 de Soria en cuanto estimó el recurso interpuesto, anulando y dejando sin efecto la liquidación practicada en concepto de Tasa por inicio de actividad de las instalaciones del Parque Eólico Ágreda y LAT SET ÁGREDA-SET MONCAYO por importe de 72.000 €.

Interesa destacar que la meritada sentencia asimismo estimó el recurso interpuesto por la mercantil actora contra el Decreto de la Presidencia de la Diputación Provincial de Soria desestimatorio del recurso de reposición formulado contra notificación de providencia de apremio por débito de la referida Tasa por importe de 87.450,10 €; resolución que igualmente se anula dejando sin efecto la providencia de apremio y requerimiento de pago. Tal decisión judicial, en lo que a este extremo concreto se refiere, no ha sido objeto de apelación al interponerse el presente recurso únicamente por el Ayuntamiento de Ágreda.

La sentencia de instancia estimó el recurso al que la presente apelación se contrae, por considerar que el art. 2 de la Ordenanza Reguladora de la Tasa por Licencia de Apertura de Establecimientos es ilegal, por cuanto la licencia de apertura ha quedado sustituida por la comunicación de puesta en marcha a que se refiere el art. 33 de la Ley 11/2003, habiendo quedado eliminada como medio de control en los casos previstos en el art. 35.2 de dicha Ley, no concurriendo por tanto el hecho imponible de la Tasa girada, pues la actividad llevada a cabo por la actora ya no está sujeta a la obtención de licencia de apertura de establecimientos; ilegalidad que determina la anulación de la liquidación practicada en concepto de Tasa por inicio de actividad de las instalaciones del Parque Eólico Ágreda y LAT SET ÁGREDA-SET MONCAYO por importe de 72.000 €, acordando en consecuencia plantear ante esta Sala cuestión de ilegalidad respecto del art. 2 de la citada Ordenanza, una vez firme dicha sentencia.

Discrepa la representación procesal del Ayuntamiento apelante de tal decisión alegando que la causa de inaplicabilidad de la Ordenanza al hecho imponible objeto de la causa, nos fue suscitada por la parte recurrente en la instancia, por lo que no resulta admisible la estimación de la demanda con base en tal argumentación.

Asimismo, sostiene que concurre el hecho imponible de la Tasa girada, por cuanto tiene la consideración de "apertura" la instalación por primera vez del establecimiento para dar comienzo a sus actividades, lo que acontece en el presente caso, con independencia de que la actividad realizada por el Ayuntamiento se efectúe con ocasión de la presentación de la documentación legalmente exigible, lo que es factible al amparo de lo preceptuado en el art. 20.4.i) del TRLHL, no siendo necesario que la Ordenanza entre a detallar los diferentes supuestos, puesto que ya lo hace el TRLHL.

Es incuestionable, a juicio del Ayuntamiento apelante, que la Corporación ha de realizar una actividad de inspección revisando la documentación y las instalaciones para comprobar que la obra ha sido finalizada de conformidad con el proyecto aprobado por las distintas Administraciones intervinientes. Y lo que la Tasa está gravando es esa actuación de la Administración tan necesaria, si no más, que la previa de análisis y aprobación del proyecto de obra y de la actividad, por lo que la Tasa objeto del recurso se ajusta a la normativa vigente, al margen de la habilitación contenida en el art. 20.4.i) del TRLHL que admite la existencia de Tasas por las declaraciones responsables y las comunicaciones previas, invocando en último término la adecuación de la cuantía de la Tasa, así como la suficiencia del Estudio económico financiero elaborado en el que se detalla pormenorizadamente el costo del servicio.

A tales pretensiones se opone de contrario que el propio apelante reconoce la falta de concurrencia del hecho imponible al que responde la Ordenanza Fiscal en méritos de la que se ha girado la Tasa anulada por la sentencia apelada, alegando con relación al resto de los motivos de impugnación esgrimidos de adverso, que no constituyen motivos impugnatorios de la sentencia, sino que rebaten los argumentos esgrimidos por dicha parte en primera instancia, interesando por tal circunstancia la desestimación de los mismos y la confirmación de la sentencia apelada en sus propios términos.

Segundo.

En primer término, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, en sentido positivo, la exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones formuladas por las partes es un principio que viene requerido constitucionalmente, tanto por el propio contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E .), como por la necesidad de motivación de las Sentencias (art. 120.3 C.E .). Como es lógico, otras disposiciones del ordenamiento también contemplan el mandato de congruencia; con carácter general, y así se impone para todo tipo de resoluciones en el art. 11.3 L.O.P.J .

En sentido negativo, ese Tribunal ha declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SSTC 177/1985 , 191/1987 , 88/1992 , 369/1993 , 172/1994 , 311/1994 , 111/1997 , 220/1997 , 15/1999 , 29/1999). El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar la parte dispositiva de la Sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa petendi y petitum-; y en relación con estos últimos elementos viene afirmándose que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión (SSTC 369/1993 , 111/1997 , 9/1998 , 15/1999 , 29/1999). Doctrina que no impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues como expresa el viejo aforismo *iura novit curia* (el Tribunal conoce el Derecho), los órganos judiciales no están obligados al motivar sus Sentencias a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes (SSTIC 237/1993 , 238/1993 , 307/1993 , 112/1994 , 172/1994 , 222/1994 , 189/1995 , 111/1997 , 9/1998 , 136/1998 , 29/1999). Y por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido, formalmente solicitadas por los litigantes, de modo que no existirá la incongruencia extra petita cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (STIC 9/1998).

En este sentido, la doctrina constitucional (SSTC 111/1997 , 136/1998 , 15/1999), ha distinguido dos modalidades de incongruencia: la incongruencia omisita o *ex silentio*, que se produce cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes; y la incongruencia extra petitum, que tiene lugar cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema no incluido en tales pretensiones, de manera que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en relación con sus intereses, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción; en algunas ocasiones ambas modalidades de incongruencia pueden presentarse unidas, concurriendo lo que algunas veces se ha denominado "incongruencia por error", en la que no sólo no se resuelve sobre la pretensión formulada, sino que simultáneamente y por error se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado; la

denominación de este tipo de incongruencia procede de la STC 28/1987 y ha sido continuada por las SSTC 369/1993 , 111/1997 , 136/1998 , y 15/1999 .

Aplicando la precedente doctrina al presente caso, hemos de decir que en sentido estricto no concurre la incongruencia denunciada, ya que si confrontamos el Fallo con los pedimentos de la parte, vemos que lo reconocido en el Fallo, coincide plenamente con lo instado en el suplico de la demanda rectora del presente recurso jurisdiccional complementado con el primer Otrosí de dicho escrito, por lo que es indudable que no se ha reconocido cosa distinta a lo solicitado.

En efecto, téngase en cuenta que en el FJ Segundo de la demanda se solicitó la nulidad de pleno derecho de la liquidación practicada y de los artículos de la Ordenanza Fiscal en los que supuestamente se amparaba, ya que la actividad llevada a cabo por la mercantil recurrente estaba sujeta a licencia ambiental pero no estaba sujeta a licencia de apertura de establecimiento, y por ende, no procedía exacción de Tasa alguna, cuestionando en la demanda detalladamente el hecho imponible de la Tasa y su improcedencia al no guardar encaje el supuesto que nos ocupa entre aquellos que contempla el hecho imponible de la Ordenanza Fiscal que la amparaba, que no era otra que la Ordenanza Fiscal N°1 Reguladora de la Tasa por Licencia de Apertura de Establecimientos, la cual fue objeto de debida impugnación indirecta.

Pues bien, la sentencia asumiendo el motivo impugnatorio de nulidad sostenido de manera principal, apreció la falta de concurrencia del hecho imponible de la Tasa citada, por cuanto la actividad llevada a cabo por la recurrente no estaba sujeta a la obtención de Licencia de Apertura de Establecimientos, anulando por tal circunstancia los actos de aplicación impugnados, pero no la disposición general indirectamente impugnada, limitándose el Juzgador a inaplicar el art. 2 de la Ordenanza referenciada, acordando plantear cuestión de ilegalidad ante este Tribunal una vez firme la sentencia (art 27.1 LJ CA) por lo que desde esta perspectiva las alegaciones vertidas por el apelante con relación a tales extremos han de decaer.

Tercero.

Dispone el art. 2 de la Ordenanza N° 1 Reguladora de la Tasa por Licencia de Apertura de Establecimientos con relación al hecho imponible que:

"1.-Constituye el hecho imponible de la tasa la actividad municipal , tanto técnica como administrativa que se desarrolla con motivo de la tramitación del correspondiente expediente administrativo previo al otorgamiento de la licencias tendentes a determinar si los establecimientos industriales, mercantiles, comerciales o cualquier actividad incluida en el ámbito de la Ley 11/2003 , de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León, reúnen las condiciones de tranquilidad, sanidad, salubridad y cualesquiera otras exigidas por las correspondientes Normas en cada caso vigentes como presupuesto necesario para el otorgamiento de licencias ambientales.

2.- A tal efecto tendrán la consideración de apertura:

- a) La instalación por vez primera del establecimiento para dar comienzo a sus actividades.
- b) La variación o ampliación de la actividad desarrollada en el establecimiento, aunque continúe el mismo titular.
- e) La ampliación o reforma del establecimiento
- d) Traspaso o cambio de titularidad cuando varíe la actividad, siempre que, se encuentre en posesión de la licencia de apertura definitiva.
- e) Las modificaciones de las licencias en los supuestos del art. 41, les renovaciones de las licencias en los supuestos del art. 39, sujetos todos ellos a la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León , así como de cualquier otra normativa o modificación en materia medio ambiental.

3.- Se entenderá por establecimiento industrial o mercantil toda edificación habitable esté o no abierta al público, que no se destine exclusivamente a vivienda y que:

- a) Se dedique al ejercicio de alguna actividad empresarial, fabril, artesana, de la construcción, comercial y de servicios que esté sujeta al Impuesto sobre Actividades Económicas
- b) Aún sin desarrollarse aquellas actividades a que se refiere el apartado anterior sirvan de auxilio o complemento para las mismas, o tengan relación con ellas en forma que les proporcionen beneficios o aprovechamiento, como por ejemplo, sedes sociales, agencias, delegaciones o sucursales de entidades jurídicas, escritorios, oficinas, despachos o estudios.

4.- La obligación de contribuir nace desde el momento en que se solicita la correspondiente licencia."

Es indudable que el hecho imponible de la Tasa lo constituye la actividad municipal, tanto técnica como administrativa que se desarrolla con motivo de la tramitación del correspondiente expediente administrativo "previo" al otorgamiento de las correspondientes licencias tendentes a determinar si los establecimientos o cualquier actividad incluida en el ámbito de la Ley 11/2003, reúnen las condiciones exigidas como presupuesto necesario para el otorgamiento de licencias ambientales.

Ahora bien, en el presente caso, es de significar que la recurrente no solicitó otorgamiento de licencia alguno, sino que lo que presentó el 7-2-13 fue una comunicación de inicio de actividad de las instalaciones del parque eólico, señalando que en sesión de 28 de noviembre de 2006 y por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ágreda se concedieron licencias de obras y ambientales para la instalación del parque eólico denominado Ágreda.

Tal Comunicación de inicio de actividad, por su propia naturaleza jurídica (como luego se verá) no conlleva una actividad municipal "previa" al otorgamiento de Licencia de Apertura de Establecimientos, en los términos prevenidos en el art. 2 de la Ordenanza examinada, por lo que coincidimos con el juzgador en considerar que no concurre el hecho imponible de la Tasa girada.

En efecto, conforme a lo preceptuado en el art. 33 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León , en la redacción otorgada por el art. 8 del Decreto Ley 3/2009, de 23 de diciembre de 2009 , con carácter previo al inicio de las actividades sujetas a autorización y licencia ambiental, el titular deberá comunicar su puesta en marcha a la Administración Pública competente para el otorgamiento de la autorización o licencia ambiental, respectivamente , regulando el art. 34 la documentación complementaria a acompañar a la comunicación de inicio, sin perjuicio que la Consejería competente en materia de medio ambiente así como los Ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan establecer documentación adicional que deberá acompañar a esa comunicación de inicio.

Pues bien, con relación al inicio de las actividades sujetas a autorización y licencia ambiental, el art. 35.1 de dicha Ley en la redacción ya indicada, establece que las actividades sujetas a autorización ambiental no podrán iniciar su actividad productiva hasta que la Administración Pública competente, una vez comunicada la puesta en marcha, compruebe que las instalaciones realizadas se ajustan al proyecto aprobado y a las medidas correctoras impuestas, y todo ello en el plazo de un mes desde la comunicación . No obstante, transcurrido dicho plazo sin haberse notificado resolución expresa, el titular podrá iniciar la actividad, todo ello sin perjuicio de que por parte de la Administración Pública competente se realicen las comprobaciones posteriores tendentes a verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos.

Añadiendo el art. 35.2 que en el caso de actividades sujetas a licencia ambiental , la presentación de la documentación prevista en el artículo anterior habilita para el ejercicio de la actividad y supone la inscripción de oficio en los correspondientes registros ambientales .

Y todo ello sin perjuicio que el incumplimiento de la obligación de comunicación previa así como de los requisitos exigidos, o la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe a la misma, determine la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar, en los términos preceptuados en el art. 35.3 de la misma norma.

Interesa destacar que el art. 33 de la Ley 11/2003 en la redacción anterior a la reforma operada por el Decreto Ley 3/2009 establecía que :

" 1. Con carácter previo al inicio de las actividades sujetas a autorización y licencia ambiental , deberá obtenerse de la Administración Pública competente para el otorgamiento de la autorización o licencia ambiental, respectivamente, la autorización de puesta en marcha correspondiente . En el supuesto de las actividades sujetas a autorización ambiental, esta autorización se denominará autorización de inicio de la actividad y resolverá sobre ella la Consejería competente en materia de medio ambiente. En el supuesto de las actividades sujetas a licencia ambiental, se denominará licencia de apertura y resolverá sobre ella el Alcalde.

2. A tal efecto, el titular de la actividad deberá presentar la documentación que reglamentariamente se determine, que garantice que la instalación se ajusta al proyecto aprobado, así como a las medidas correctoras adicionales impuestas, en su caso, en la autorización o licencia ambiental."

Como vemos, con el nuevo régimen aplicable a las fechas que aquí nos ocupan - a tenor de la Disposición Transitoria Segunda y la Disposición Final Tercera del Decreto Ley 3/2009 - se suprime la licencia de apertura de establecimientos a que se refería el art. 33 en su versión original, para sustituirla por una comunicación de inicio, y en el caso de actividades sujetas al licencia ambiental (supuesto examinado) la presentación de tal documentación habilita para el ejercicio de la actividad y supone la inscripción de oficio en los correspondiente registros ambientales (art. 35.2) sin perjuicio claro está de lo prevenido en el art. 35.3 de dicha Ley de Prevención Ambiental , debiendo recordarse al efecto que como recoge la Exposición de Motivos del Decreto Ley 3/2009, en

el caso de las actividades sometidas a licencia y autorización ambiental se eliminan asimismo la autorización de inicio y la licencia de apertura las cuales, en este caso son sustituidas por comunicación de puesta en marcha .

Consecuentemente, a raíz de la reforma operada, no es preciso que con carácter previo al inicio de la actividad sujeta a licencia ambiental y con relación a las actividades sujetas a tal licencia, el Ayuntamiento otorgue previamente lo que se venía denominando licencia de apertura, pues basta con que con carácter previo al inicio de actividad el titular comunique su puesta en marcha en los términos dichos.

Así las cosas, habiendo sido eliminada la licencia de apertura y sustituida por una comunicación de inicio, como aquí efectuó la recurrente con ocasión de la comunicación efectuada el día 7 de febrero de 2013, coincidimos con el Juzgador en considerar que no concurre el hecho imponible de la Tasa por licencia de apertura de establecimientos, pues no olvidemos que no se ha producido ninguna actividad municipal con motivo de la tramitación del correspondiente expediente administrativo "previa" al otorgamiento de la licencia examinada.

Cierto es que conforme a lo preceptuado en el art. 20.4.i) del TRLHL las entidades locales, en los términos previstos en esa Ley "podrán" establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local, y en particular por el otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa .

Ahora bien, una cosa es que los Ayuntamientos tengan la posibilidad de establecer tasas por la realización de tales actividades, y otra, que el Ayuntamiento de Ágreda pueda exigir Tasas por un concepto u otro indistintamente, sin la previa aprobación de la oportuna Ordenanza acordando su concreta imposición.

En efecto, el precepto invocado del TRLHL tan sólo brinda al Ayuntamiento la posibilidad de establecer tasas en esos supuestos, pero habrá de ser la Corporación mediante la correspondiente aprobación, por el procedimiento legalmente establecido, de la respectiva Ordenanza Fiscal, previo correspondiente estudio económico-financiero adecuado a la realidad existente en la fecha de su aprobación, la que posibilite la exacción de tal Tasa, lo que no acontece en el presente caso, por cuanto la Ordenanza Fiscal aplicada es la Reguladora de la Tasa por Licencia de Apertura de Establecimientos, no constando que a la fecha de presentación de la comunicación previa, el Ayuntamiento de Ágreda hubiese ejercitado su potestad estableciendo una Tasa por la realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuese sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa, como aquí acontece.

Como señala la sentencia apelada, el TRLHL permite que el Ayuntamiento establezca una Tasa en los casos de presentación de declaración responsable o comunicación previa, pero ello no quiere decir que con base en este artículo se tenga que interpretar de manera extensiva la Ordenanza aquí aplicada. El artículo 20.4.i) TRLHL es una norma competencial, que habilita a las entidades locales para establecer una tasa en el caso de declaración responsable o comunicación previa, pero no equipara en modo alguno estas modalidades de control con la licencia. Es más, el precepto apoya la tesis de la nulidad por cuanto pudiendo haber gravado estas presentaciones, no se ha hecho, por lo que el cobro de la Tasa no es admisible.

Asimismo, no cabe invocar la analogía a la hora de aplicar la meritada Tasa, pues el art. 14 de la LGT es claro al respecto, y no admite la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios e incentivos fiscales, debiendo reiterarse que en el presente caso la Ordenanza aplicada es clara y no suscita ninguna duda al respecto, en el sentido que constituye el hecho imponible la actividad municipal que se desarrolla con motivo de la tramitación del correspondiente expediente administrativo "previo" al otorgamiento de la oportuna licencia, naciendo la obligación de contribuir en el momento en que se solicita la correspondiente licencia, por lo que no habiéndose solicitado licencia de apertura alguna, y habiendo sido eliminada la licencia de apertura y sustituida por una comunicación de inicio, en los términos anteriormente razonados, es indudable que tal Ordenanza no resulta aplicable, pues no concurre el hecho imponible que refiere.

En realidad, está situación de falta de amparo trae causa de la inadecuación de la Ordenanza examinada a los cambios normativos habidos, y anteriormente especificados, pues eliminada la licencia de apertura de establecimientos a que se refería el art. 33 de la Ley 11/2003 en su versión original, para sustituirla por una comunicación de inicio, y como quiera que en el caso de actividades sujetas al licencia ambiental - caso que nos ocupa - la presentación de tal documentación habilita para el ejercicio de la actividad y supone la inscripción de oficio en los correspondiente registros ambientales (art. 35.2) sin perjuicio claro está de lo prevenido en el art. 35.3 de dicha Ley de Prevención Ambiental , hemos de concluir que actualmente no es necesaria antes de la "puesta en marcha" una previa actividad técnica o administrativa tendente a conceder la denominada licencia de apertura a que se refería el art. 33 en su versión originaria, por lo que la comunicación de inicio de actividad, no conlleva ya ninguna actividad municipal, ni técnica ni administrativa "previa" al otorgamiento de la licencia apertura, como refiere el art. 2 de la Ordenanza aplicada, y que recordemos es la única aprobada por el Ayuntamiento de Ágreda, al no haberse establecido una Tasa por la realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuese sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa, en los términos previstos en el art. 20.4.i) del TRLHL, sin que sea admisible

entender que el mantenimiento de la Tasa en supuestos como el que aquí nos ocupa, viene amparado por el Preámbulo de la Ley 12/2012, en cuanto señala que la liberalización de las actividades económicas no supondrán en ningún caso merma alguna para los ingresos fiscales del Ayuntamiento, y decimos esto, porque si el Ayuntamiento de Ágreda hubiese optado por gravar mediante la oportuna Ordenanza los servicios municipales motivados por los actos de comunicación previa anteriormente referidos, se hubiese evitado la merma de ingresos que aquí se invocan.

Cuarto.

Cuanto se ha razonado conduce a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Ágreda, y por exigencias del art. 27.2 LJ obliga a la Sala, competente, para conocer del recurso directo contra la Ordenanza Fiscal Nº 1 Reguladora de la Tasa por Licencia de Apertura de Establecimientos, a efectuar un pronunciamiento anulatorio del art. 2 de la misma, sin que con ello se incurra en reformatio in peius toda vez el pronunciamiento anulatorio resulta obligado para la Sala, de forma que al interponer el recurso el Ayuntamiento de Ágreda necesariamente había de contar con dicha posibilidad.

En efecto, como señala la STSJ del País Vasco de 13 de enero de 2011 (Rec. 513/06) y la sentencia de la Sección 1º de esta Sala de 12 de abril de 2013 (Rec. 198/12) la aplicación de lo previsto por el art. 27.2 LJ en el grado de apelación no entraña dudas a criterio de la Sala atendiendo a la exposición de motivos de la Ley 29/1998, toda vez que el fundamento y finalidad de dicho pronunciamiento reside en el nuevo tratamiento que la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dio al recurso indirecto contra disposiciones generales, pretendiendo, según expresa su exposición de motivos, poner fin a situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta que suponía dejar a criterio de cada órgano judicial la validez y aplicación de tales disposiciones, mediante el expediente de unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las mismas en el órgano competente para conocer del recurso directo contra ellas dotando siempre a esta decisión de efectos erga omnes.

Desde dicha perspectiva resultaría anómalo y contrario a la finalidad de seguridad jurídica que, conociendo en grado de apelación de un recurso indirecto contra una disposición de carácter general, la Sala competente para el enjuiciamiento de tal disposición hubiera de ceñir su pronunciamiento a la validez o invalidez del acto, aun sustentando el pronunciamiento en un juicio previo sobre la validez o invalidez de la disposición de carácter general que le presta cobertura, posponiendo su decisión sobre la misma al planteamiento de la cuestión de ilegalidad por el Juzgador de instancia.

Este es el criterio que, con mayor propiedad y rigor, establece a doctrina jurisprudencial de la que da cuenta la STS de 20 de septiembre de 2007 (Rec 2160/2002):

" SEGUNDO.- Antes de entrar a resolver el presente recurso de casación, conviene hacer referencia a la razón de ser y caracteres básicos de la cuestión de ilegalidad, tal como ha sido regulada en la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Como es sabido, uno de los objetivos perseguidos por la Ley 29/1998, y así lo hace patente la Exposición de Motivos, fue evitar a toda costa las situaciones de desigualdad e inseguridad jurídica derivadas del carácter difuso del control indirecto de Reglamentos, lo que trató de lograrse mediante "unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre esa decisión de efectos erga omnes. De ahí que cuando ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que pueda conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad".

El pensamiento del legislador se plasmó en el artículo 27 de la Ley, básico en la materia, en el que se dispone:

1.- Cuando el Juez o Tribunal de lo Contencioso hubiese dictado.. sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad, ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados anteriores.

2.- Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general, lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

3.- Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará, cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma".

En efecto, el apartado 1 del precepto transcrito, ante el hecho de que un Juez o Tribunal de lo Contencioso, en un recurso indirecto, dicte sentencia estimatoria, por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada que ampara el acto impugnado, y siempre que aquella sea firme, les impone el deber de plantear la cuestión de ilegalidad, ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra aquella.

En estos casos, el artículo 123.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, señala que "el Juez o Tribunal planteará, mediante auto, la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27.1 de esta Ley, dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia".

Ahora bien, lo anteriormente indicado tiene aplicación en los casos de dualidad competencial, es decir, cuando el Juez o Tribunal de que habla el apartado 1 no sea competente para conocer del recurso directo, lo que se pone de relieve con la previsión "salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes", en los cuales se recoge la regla de que sí existe identidad competencial -apartado 2 del artículo 27- y, en todo caso, cuando intervenga el Tribunal Supremo -apartado 3-, el recurso indirecto es el procedimiento adecuado para hacer una declaración de carácter general sobre la legalidad de la norma reglamentaria.

Por tanto, cuando el Juez o Tribunal competente en relación con el recurso indirecto, no lo sea en relación con el recurso directo, "deberá" plantear la cuestión de ilegalidad, una vez que la sentencia que dicte sea firme, limitando el pronunciamiento a la declaración sobre el acto administrativo, sin que, en relación con la disposición general, sus poderes puedan ir más allá de la no aplicación de la misma, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder judicial. En cambio, en el caso de identidad competencial, el órgano jurisdiccional "declarará la validez o nulidad de la disposición general".

Conviene precisar, en todo caso, que el apartado 2 del artículo 27 resulta igualmente aplicable en los casos en que el conocimiento del recurso indirecto llega a los Tribunales Superiores de Justicia por medio del recurso de apelación, pues si bien es cierto que existen posiciones, cada vez más reducidas que entienden lo contrario, se trata de posturas que, amén de contar en su contra inicialmente con el principio de economía procesal, no tienen en cuenta que el designio del legislador era justamente el que aquí se mantiene.

En efecto, en el Proyecto de lo que después sería Ley 29/1998, aprobado por el Congreso de los Diputados, el apartado 3 del artículo 27 señalaba:

" Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo podrá anular cualquier disposición general, cuando, en cualquier grado, conozca de recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma. Igualmente, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de su competencia, podrán anular también las disposiciones generales emanadas de los órganos autonómicos y Entidades locales con competencia para dictar normas reglamentarias, cuando conozcan de recursos contra actos administrativos que se funden en la ilicitud de dichas normas".

Este texto, posiblemente redundante, resultaba mucho más claro que el que resultó definitivamente aprobado, pues afirmaba expresamente que la competencia para anular disposiciones generales de órganos autonómicos y entidades locales, podía ejercerse, cuando conocieran de la impugnación de actos administrativos, "en el ámbito de su competencia" y, por tanto, resolviendo en única o segunda instancia (artículo 10. 1 y 2 de la Ley Jurisdiccional). En cualquiera caso, durante la tramitación en el Senado, se procedió a la aceptación de la enmienda número 27, que suponía la supresión del segundo párrafo, relativo a los Tribunales Superiores de Justicia con la siguiente justificación: "se suprime el último párrafo porque esta previsión está ya contenida en el apartado 2".

Debemos entender por tanto, que el artículo 27.2 atribuye al Tribunal que conoce en apelación de un recurso indirecto, competencia para declarar la validez o nulidad de la disposición impugnada. Por ello, los Autos de la Sección Primera, de 25 de noviembre de 2002 y 20 de enero de 2003, señalaron ya que "del citado artículo 27.2 de la LRJCA se deduce la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia, en segunda instancia, se pronuncie directamente sobre la legalidad de la disposición general impugnada indirectamente ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo..."

Pero es que además, si, como veíamos antes, el apartado 1 del artículo 27 impone el deber de plantear la cuestión de ilegalidad, los apartados 2 y 3 de dicho precepto exigen igualmente a los respectivos Tribunales la obligación de hacer pronunciamiento expreso acerca de la validez o disposición general, como se deduce claramente de las expresiones "declarará" o "anulará", utilizadas respectivamente en aquéllos.

En este sentido, esta Sala ha ido poniendo de relieve progresivamente, la obligación de realizar este pronunciamiento expreso. Y así la Sentencia de la Sección Quinta de esta Sala, de 5 de octubre de 2005, tras hacer referencia a los problemas surgidos del control difuso de los recursos indirectos, declaró:

"QUINTO.- (...) Pues bien, si esa era la entidad del problema que quiso atajar la Ley 29/1998 (problema que afectaba, según el propio legislador, a principios, como el de la seguridad jurídica, que la Constitución garantiza -artículo 9.3 de la misma- y a derechos, como el de la igualdad en la aplicación de la Ley, susceptibles de amparo constitucional - artículos 14 y 53.2 de la Constitución -), y si esa es la solución legalmente acogida para

evitarlo, difícilmente podría sostenerse que esa solución no era la solución ya obligada desde el momento mismo en que entró en vigor la Ley 29/1998. Lo que en el caso de autos, en el que la sentencia aquí recurrida se dicta el 24 de mayo de 2002, se traducía en la obligada aplicación por la Sala de Instancia de lo dispuesto en el artículo 27.2 de la repetida Ley 29/1998 (a cuyo tenor: "Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará, la validez o nulidad de la disposición general"), por ser dicha Sala la competente para conocer del recurso directo contra aquella aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias de Camarles. Antieconómico e innecesario para preservar, el principio de contradicción sería sostener que esa Sala hubiera debido plantearse a sí misma una cuestión de ilegalidad tras un proceso en el que ya se planteaba la ilegalidad de la norma y en el que era parte la Administración autora de ella."

En el mismo sentido, la Sentencia de 17 de mayo de 2006 (también de la Sección Quinta), ha dicho

"PRIMERO Antes de entrar en el examen de los motivos de casación invocados por una y otra recurrente, debemos señalar que, después de la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en contra del parecer expresado por la Sala de instancia en el fundamento jurídico tercero, "cuando el juez o tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general" (artículo 27.2), de manera que ya no es aplicable la doctrina que la Sala sentenciadora recoge en el indicado fundamento jurídico tercero acerca de que "en el caso de impugnación indirecta de disposiciones generales, únicamente resulta posible declarar la nulidad de los actos de aplicación impugnados, pero no de la disposición misma», pues, como el citado precepto de la Ley 29/1998 establece, si el juez o tribunal fuese competente para conocer del recurso directo contra la disposición general, en la sentencia que pronuncie deberá declarar la validez-o nulidad de esa disposición general, debiendo, en el caso de que no fuere competente para hacer tal declaración, plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, según establecen concordadamente los artículos 27.1 y 123 a 126 de la Ley de esta Jurisdicción ."

De todo lo expuesto con anterioridad, se deduce por tanto, que en el recurso de apelación interpuesto contra sentencias dictadas en recursos indirectos, el Tribunal "ad quem", en el caso de tener competencia objetiva para anular la disposición general impugnada, deberá hacerlo así, sin que sea preciso el previo planteamiento de cuestión de ilegalidad."

A criterio de la Sala el sistema se cierra, con toda lógica, mediante la previsión contenida en el art. 86.3 LJ conforme a la cual cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores, de Justicia que declaren nula una disposición de carácter general, y ello porque, aun cuando la doctrina jurisprudencial de la que da cuenta el fundamento jurídico tercero de la STS de 20 de septiembre de 2007 anteriormente citada, ha concluido que artículo 86.3 de la LJCA únicamente configura una contra excepción a las excepciones relacionadas en el artículo 86.2 de la misma Ley, y que únicamente cabe el recurso de casación en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en asuntos de los que conocen en única instancia, no cabe desconocer que el pronunciamiento sobre la validez de la norma cuestionada efectuado con ocasión del conocimiento en grado de apelación, de un recurso indirecto contra una disposición de carácter general, presenta todos los caracteres de un pronunciamiento en única instancia, y que su examen en sede casacional no altera la situación jurídica definida por la sentencia de apelación.

Quinto.

De acuerdo con las previsiones del art. 139.2 de la LJCA la desestimación del recurso de apelación conlleva la condena en costas a la Administración apelante, al haberse desestimado íntegramente todos los motivos impugnatorios aquí esgrimidos, sin que aparezcan justificados motivos para la no imposición.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación la, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, dicta el siguiente:

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación N° 37/14 interpuesto por el Ayuntamiento de Ágreda representado por el Procurador Don Cesar Gutiérrez Moliner y asistido del Letrado Don José Luis García Larrouy, contra la sentencia N° 233/14, de 17 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Soria , en el recurso contencioso administrativo seguido por el Procedimiento Ordinario N° 439/13; resolución que se confirma en sus propios términos y en los razonados en la presente sentencia.

2.- Que debemos declarar como declaramos la disconformidad a derecho del art. 2 de la Ordenanza Fiscal N° 1 Reguladora de la Tasa por Licencia de Apertura de Establecimientos, que consecuentemente anulamos.

3.- Procede imponer las costas del presente recurso al Ayuntamiento apelante.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es FIRME y contra la misma no cabe recurso alguno, sin embargo, cabe RECURSO DE CASACIÓN exclusivamente en relación con el pronunciamiento segundo del fallo (ART. 86.3 LJ), ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de DIEZ DÍAS, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, debiendo presentarse, junto con el escrito de interposición del recurso, el documento acreditativo de haberse ingresado, en concepto de depósito 50 €, en la Cuenta Provisional de Consignaciones de esta Sección (n° 1105 entidad Banesto) la cantidad a que se refiere el apartado 3.d) de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, advirtiendo que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 de tal norma.

Insértese el Fallo de la presente sentencia en el Boletín Oficial de la Provincia de Soria de conformidad con lo dispuesto en el art. 72.2 de la LJCA .

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.