

CARMEN RIBAS BUYO
Procurador de los Tribunales

FECHA NOTIFICACION :14/12/15
M/ REF.: 7330
LETRADO:AMADO MARTINEZ RUIZ
FINE PLAZO:

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 4
BARCELONA**

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Autos: 302/2014 Sección: F

Parte actora: ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

Letrado parte actora:

Procurador Parte actora: FRANCISCO JOSE ABAJO ABRIL

Parte demandada: AJUNTAMENT DE TERRASSA

Letrado Parte demandada:

Procurador parte demandada: CARMEN RIBAS BUYO

Expediente administrativo:

SENTENCIA NÚM. 245/15

Barcelona a, nueve de diciembre de dos mil quince.

Vistos por mí, ROSA MARIA MUÑOZ RODON, Magistrado - Juez titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Barcelona, los autos al margen referenciados, en el en el ejercicio de la función jurisdiccional que me confieren la Constitución y las leyes, en nombre de S.M. el Rey, he dictado la presente sentencia con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 27 de junio de 2014 se presentó demanda interponiendo recurso contencioso administrativo contra la resolución que se dirá. Admitida que fue, se dio curso al proceso por el trámite del procedimiento abreviado, reclamándose el expediente administrativo a la Administración demandada, quien lo aportó y compareció en forma, tras lo cual se señaló día para la vista.

Segundo.- La vista se celebró el día 22 de junio de 2015 en la Sala de vistas de este Juzgado, habiendo comparecido las partes. Abierta la vista, fue conferida la palabra a la parte actora, ésta se ratificó en su demanda, contestando la Administración para oponerse y recibándose a prueba el recurso con el resultado que consta en autos. Tras la formulación de las conclusiones por la demandante y demandada, quedaron los autos conclusos para Sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte actora impugna la resolución de fecha 24 de abril de 2014 del Ayuntamiento de Terrassa que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la liquidación relativa a la Tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro de interés general, correspondiente al cuarto trimestre del ejercicio 2013.

La recurrente solicita en su escrito de demanda la estimación del recurso, con anulación de la resolución impugnada y la liquidación que ésta confirma, así como la Ordenanza del Ayuntamiento que le sirve de causa.

La parte demandada se opone a las pretensiones de la actora.

SEGUNDO.- No es discutido el hecho de que la recurrente, en este caso en particular, no resulta titular de la red.

En relación a la impugnación de las liquidaciones tributarias basadas en la aplicación de tasas análogas a la que aquí se aplica, en lo que se refiere a la telefonía móvil, las mismas vienen siendo anuladas al ser anuladas las Ordenanzas en las que se fundan, en cuanto atribuyen la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas o entidades que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, lo que contraviene el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, precepto que 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 ; así como de los que regulan el importe de la tasa .

TERCERO.- Se plantea en el presente caso si la solución aplicable para el caso de la telefonía móvil es también extrapolable a la telefonía fija, caso que es el que nos ocupa.

Por ello, en primer lugar, es necesario analizar si el recurrente resulta o no sujeto pasivo de la tasa, por cuanto de no resultarlo, no sería necesario entrar a valorar los alegatos relativos a la legalidad de la Ordenanza.

A tal efecto, hay que señalar que son numerosas las Sentencias de diversos Juzgados de este orden jurisdiccional y de diversas provincias que han considerado que en casos como el presente no es procedente la liquidación por tasas análogas a la que ahora nos ocupan, aun cuando el hecho haga referencia a la telefonía (así SJCA 1 de Granada de 15 de junio de 2015, SJCA 1 de El Ferrol, de fecha 22 de septiembre de 2014, entre muchas otras).

A este respecto cabe recordar, por una lado, el Auto del TJUE de 30 de enero de 2014 que dio respuesta a la cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 17 de los de Barcelona que señala que *el derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la Sentencia de 12 de julio de 2012, Vodafone España y France Télécom 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 por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización), a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos.*

Por otra parte, es necesario recordar que por comunicaciones electrónicas cabe entender los servicios de telecomunicaciones que engloban los de telefonía fija y móvil, internet, correo electrónico, SMS, entre otros.

CUARTO.- Expuesto lo anterior a mayor abundamiento, procede recordar la doctrina contenida en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm.2 de Barcelona, dictada en el recurso 252/2013, de fecha 30 de marzo de 2015, cuyo contenido se asume en su totalidad y que reza:

TERCERO. Con carácter previo a analizar el resto de alegaciones que se formulan en el escrito de demanda, conviene primeramente referirse a si la actora es o no sujeto pasivo de la tasa de telefonía móvil ya que, si se llega a la conclusión de que no lo es, resultará innecesario referirse al resto de alegaciones.

Pues bien, en cuanto a la procedencia de que se exija el pago de la tasa a empresas de telefonía móvil, si bien esta Juzgadora en Sentencias anteriores (dictadas cuando era titular del Juzgado Contencioso 2 de Tarragona) había desestimado los recursos interpuestos por entender que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había desestimado diferentes recursos promovidos contra diversas Ordenanzas similares a la que se recurre de forma indirecta en el presente recurso, todo ello por entender que las operadoras de telefonía móvil no quedan excluidas del hecho imponible de la tasa y que tampoco se infringe la LHL o el derecho comunitario, todo ello en consonancia con anteriores resoluciones de la propia Sala, cuya doctrina había sido confirmada en casación por el

Tribunal Supremo (por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2009).

Sin embargo, el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales por el Tribunal Supremo, y la posterior resolución de las mismas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, obliga a modificar la posición mantenida hasta entonces.

Así, en fecha 12 de julio de 2012, el TJUE dictó Sentencia en respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal Supremo, que a su vez ha dictado tres Sentencias, la primera de fecha 10 octubre de 2012, en el recurso 4307/2009 y las otras dos de fecha 15 de octubre, en los recursos 861/2009 y 1085/2010 , resolviendo los recursos de casación interpuestos frente a diversas Ordenanzas Fiscales reguladoras de la tasa que nos ocupa.

Esa posición se ha mantenido con posterioridad por el Tribunal Supremo en las Sentencias, entre muchas otras, en las dictadas en fecha 16 de noviembre de 2012, en los siguientes asuntos: Recurso número 586/2010 , Recurso 5481/2009 , Recurso 2023/2010 , Recurso 1399/2010 , Recurso 583/2010 , Recurso 3994/2009 , Recurso 6074/2009 , Recurso 4040/2009 , Recurso 330/2010 , Recurso 5468/2009 , Recurso 6858/2009 , Recurso 6894/2009 , Recurso 6580/2009 . Y en las posteriores de fecha 23 de noviembre de 2012: Recurso 6363/2009, Recurso 1412/2011, Recurso 4363/2011, Recurso 4262/2009, Recurso 891/2010, Recurso 3397/2010, Recurso 6482/2009, Recurso: 2960/2011, Recurso 7007/2010, Recurso 2809/2011, Recurso: 4150/2009, Recurso 2287/2011, Recurso: 4042/2009, Recurso 3846/2009, Recurso 4022/2009, Recurso 3093/2010. Pues bien, el TJUE, en respuesta a las preguntas formuladas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró que:

"1) El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

2) El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo".

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

De igual modo, el TS resuelve la cuestión relativa a si la tasa es discriminatoria y desproporcionada para los operadores de telefonía

móvil, en el sentido de anular el artículo correspondiente de la ordenanza "al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefónica móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecua a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la Abogada General, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, sostuvo que "con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso "escaso", resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso . Esta conclusión, aunque no fue examinada por el Tribunal de Justicia por las razones que señala, es compartida por la Sala, lo que impide aceptar que para la medición del valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar por las llamadas efectuadas y recibidas en el Municipio, considerando tanto las llamadas con destino a teléfonos fijos como a móviles como recoge la Ordenanza, y además, utilizando datos a nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto pueden conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio"."

Es cierto que las sentencias citadas se referían al supuesto de si las empresas de telefonía móvil son o no sujeto pasivo de la tasa si no son las titulares de las redes que utilizan, mientras que la actora no presta servicios de telefonía móvil sino fija , pero las anteriores reflexiones son perfectamente aplicables también a los supuestos de operadores de telefonía fija que no sean los titulares de las redes que utilizan.

Y es que la ratio decidendi de la decisión comunitaria -y que ha seguido el TS y nuestro TSJC- es la de que no puede ser sujeto pasivo de la tasa aquel operador que no es titular de la red, circunstancia que se da cuando se trate de un operador de telefonía móvil o fija indistintamente

CUARTO . Así las cosas, ya no puede compartirse la tesis de la Administración demandada que mantiene que la Ordenanza por la que se regula la tasa ya se pronunció el TSJC mediante Sentencia 165, de 20 de febrero de 2007, en la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por la ahora recurrente, y otras que en la misma se citan, ya que esas Sentencias son todas ellas anteriores al cambio de criterio de nuestro TSJC sobre la materia tras la citada Sentencia comunitaria y las del TS.

Y es que el Tribunal Supremo examinó la distinción del artículo 13 de la Directiva en la Sentencia de 10-10-2012 , cuando se refiere al marco normativo, en concreto, a los artículos 12 y 13 de la Directiva indica

acerca de este último que "Conforme a este precepto, los hechos u objetos susceptibles de canon son tres: el uso de radiofrecuencias, la asignación de números y el reconocimiento de derechos de ocupación de la propiedad pública o privada".

De otro lado, en la cuestión prejudicial que formuló, la primera pregunta que se planteaba era la de si el artículo 13 de la Directiva autorización debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permita exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usen para prestar servicios de telefonía móvil.

Junto con lo anterior, no debe perderse de vista que mediante la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, se transponen, entre otras Directivas comunitarias, la Directiva autorización 2002/20. Y en el artículo 49 de la Ley se establecen los principios aplicables a las tasas en materia de telecomunicaciones, entre otras, (apartado 3) las tasas establecidas por el uso del dominio público necesario para la instalación de redes de comunicaciones electrónicas. Como indica la exposición de motivos " Esta ley, junto con su necesario desarrollo reglamentario, incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de la normativa comunitaria citada, respetando plenamente los principios recogidos en ella, aunque adaptándolo a las peculiaridades propias del derecho y la situación económica y social de nuestro país. Esto último, además, propiciado por el instrumento jurídico formal en que se plasma la regulación comunitaria, esto es, la directiva, que permite que los Estados miembros elijan la vía idónea para incorporar a cada país la regulación armonizada."

Asimismo se expone que "La regulación de la ocupación del dominio público o la propiedad privada para la instalación de redes, pretende establecer unos criterios generales, que deberán ser respetados por las Administraciones públicas titulares del dominio público. De este modo, se reconocen derechos de ocupación a todos los operadores que practiquen la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la medida que sea necesario para la instalación de sus redes, a la vez que se detallan los principios básicos que garanticen el ejercicio de dicho derecho en condiciones de igualdad y transparencia, con independencia de la Administración o el titular del dominio público o la propiedad privada".

Por estas circunstancias, no cabe entender que la Ley se refiere a unas eventuales tasas estatales por el uso de radiofrecuencias o números y que no se incluye las tasas que retribuyen el uso o aprovechamiento del dominio público, como mantiene la Administración demandada, pues la Ley establece los criterios que guían la actuación en la imposición de tasas que afecten a los servicios de telecomunicaciones, tanto las que respondan a la necesidad de compensar actuaciones administrativas, como las impuestas sobre el dominio público. La regulación específica del sector, que transpone la Directiva en cuestión, establece las pautas, entre otras, de la tasa por el uso del dominio público, como consecuencia de la potestad tributaria en materia de comunicaciones, es decir, del canon a que se refiere el artículo 13 de la Directiva.

QUINTO . En definitiva, no ofrece duda alguna de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que es el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo, ha dado la solución jurídica a la controversia ahora planteada (si bien en cuanto a los operadores de telefonía móvil que no son titulares de la red, pero esa doctrina resulta aplicable también a los operadores de telefonía fija , como ya se ha dicho).

Y la tasa impugnada sí es el canon en el sentido del artículo 13 de la Directiva, por lo que en consonancia con la normativa comunitaria, únicamente se permite someter al canon a los operadores titulares de las redes instaladas en el dominio público, pero no a los operadores que reciben servicio de interconexión para prestar el servicio de telefonía por la modalidad que se quiera (fija o móvil).

La aplicación de todo lo anterior al presente supuesto, lleva a estimar el recurso, en tanto las liquidaciones impugnadas aplican una Ordenanza Fiscal que se opone al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE , que es de aplicación directa conforme ha declarado el TJUE, toda vez que extiende el hecho imponible de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local, a los operadores de telefonía que no son titulares de la redes.

Habida cuenta la primacía del derecho comunitario y la fuerza obligatoria del criterio emitido por el TJUE en la interpretación por vía prejudicial de la Directiva, resulta innecesario el planteamiento de la cuestión de legalidad.

Y es que como razona el Tribunal Supremo, la solución a que se llega "es consecuencia inmediata de la sentencia de TJUE de 12 de julio de 2012 , que obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa , sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a los parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002."

Procede en consecuencia la estimación íntegra del presente recurso.

QUINTO.- En materia de costas no puede afirmarse que *a priori* las pretensiones de los litigantes estén manifiestamente desprovistas de amparo fáctico o jurídico, por lo que conforme al art. 139 LRJCA cada una deberá soportar los gastos causados a su instancia en este recurso.

Vistos los preceptos citados y los demás de particular y general aplicación.

FALLO: Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO el presente recurso contencioso administrativo, anulando y dejando sin efecto el acto administrativo recurrido y la liquidación de la que trae causa. Sin costas.

Contra esta Sentencia no cabe interponer recurso ordinario alguno, a tenor del art. 81 LRJCA.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido pronunciada y publicada por la Magistrada que la dictó el mismo día de su fecha y en Audiencia pública, se incluye original de esta resolución en el libro de Sentencias, poniendo en los autos certificación literal de la misma y se notifica a cada una de las partes; Doy fe.