

IV. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

79**MADRID****SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO****Sección Novena**

EDICTO

Dña. MARIA CRISTINA ZOYA CERRUDO, Letrada de la Admón. de Justicia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Que en la cuestión de ilegalidad Procedimiento Ordinario 86/2020 planteada por el Ilmo/a Sr/a Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Admvo. nº 5 de Madrid se ha dictado sentencia del siguiente tenor literal:

“SENTENCIA Nº 572

Ilmos. Sres. Presidente: D. José Luis Quesada Varea. Magistrados: Dª. Matilde Aparicio Fernández, D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo. Dª Natalia de la Iglesia Vicente, Dª Cristina Pacheco del Yerro.

En la Villa de Madrid a trece de octubre de dos mil veintiuno.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, constituida por los expresados Magistrados, la presente cuestión de ilegalidad núm. 138/2021 planteada mediante auto de 13 de enero de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo 5 de Madrid contra la Ordenanza fiscal núm. 20 del Ayuntamiento de Fuenlabrada reguladora de la tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros y de telefonía móvil, aprobada por el Pleno de 27 de diciembre de 2010 y modificada por acuerdo del Pleno de 10 de mayo de 2013 (publicado en el BOCM núm. 126 de 29 de mayo de 2013). Han formulado alegaciones sobre la presente cuestión el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, en representación de ORANGE ESPAGNE SA, y la Procuradora Dña. María de Villanueva Ferrer, en representación del Ayuntamiento de Fuenlabrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario 86/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Madrid se dictó sentencia el 22 de octubre de 2020 con el siguiente fallo:

Estimando el presente recurso, por no ser ajustada a Derecho la actuación administrativa impugnada, debo anular y anulo las resoluciones presuntas por las que se entiende desestimadas las reclamaciones económico-administrativas formuladas contra las liquidaciones, del primer y segundo trimestre del ejercicio de 2018, giradas a la recurrente, correspondientes a la Tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros y de telefonía móvil, dejando sin efecto dichas liquidaciones, que se anulan.

SEGUNDO.- En dicho procedimiento, el 13 de enero de 2021 se dictó auto con esta parte dispositiva:

Debo acordar y acuerdo plantear cuestión de ilegalidad ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, respecto del artículo 3.2.b de la Ordenanza Fiscal nº 20 del Ayuntamiento de Fuenlabrada, en lo relativo a considerar sujeto pasivo a las empresas comercializadoras de los servicios de telecomunicaciones, de

televisión o de telefonía, con independencia de quién sea el titular de la red; puesto que únicamente lo serían las empresas propietarias de las redes.

TERCERO.- Formado el correspondiente rollo de Sala, el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, en representación de ORANGE ESPAGNE SA, se personó ante la Sala y formuló alegaciones en las que solicitaba la declaración de la ilegalidad de la Ordenanza.

CUARTO.- En el mismo trámite, la Procuradora Dña. María de Villanueva Ferrer, en representación del Ayuntamiento de Fuenlabrada, interesó de la Sala la desestimación de la cuestión de ilegalidad.

QUINTO.- Pendiente de señalamiento para votación y fallo, se acordó la suspensión de la presente cuestión por providencia de 23 de febrero de 2021 hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación 1636/2017.

SEXTO.- Dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentencia de 27 de enero de 2021 (asunto C-764/2018), se alzó la suspensión y se dio traslado a las partes para que alegaran lo que consideraran oportuno sobre la incidencia de dicha sentencia en la presente asunto.

SÉPTIMO.- Se señaló para votación y fallo el 23 de septiembre de 2021, en que tuvo lugar.

OCTAVO.- En la tramitación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales esenciales.

Es ponente el Magistrado D. José Luis Quesada Varea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en los arts. 27.1 y 123.1 LJCA, el Juez del Juzgado de lo Contencioso número 5 plantea cuestión de ilegalidad del art. 3.2.b de la Ordenanza fiscal núm. 20 del Ayuntamiento de Fuenlabrada que regula la tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros y de telefonía móvil. El precepto cuestionado establece:

ARTÍCULO 3º.-SUJETO PASIVO

Son sujetos pasivos de la tasa en concepto de contribuyentes las personas físicas y jurídicas así como las entidades a que se refiere el art. 35.4 de la ley General Tributaria titulares de las empresas explotadora de servicios de suministros, con independencia del carácter público o privado de las mismas u otros suministros así como las empresas distribuidoras y comercializadoras de los mismos.

A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior tendrán la condición de Empresas Explotadores de Suministros las siguientes:

[...] B) Las Empresas de los servicios de telecomunicaciones, de televisión o de telefonía por cable, con independencia de quién sea el titular de la red. Conforme al artículo 1.2 de la ley 42/1.995, de 22 de Diciembre, de las Telecomunicaciones por cable, se entiende por servicio de Telecomunicaciones por Cable el conjunto de servicios de Telecomunicación consistente en el suministro, o en el intercambio, de información en forma de imágenes, sonidos, textos, gráficos o combinaciones de ellos, que se prestan al público en su domicilio o dependencias de forma integrada mediante redes de cable.

El Juez considera que la imposición de la tasa tanto a los titulares como a los meros usuarios de las redes de comunicaciones contraviene el art. 13 de la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), y reproduce la más extensa exposición de este criterio que contiene la sentencia dictada en el proceso, el cual concuerda con el mantenido por esta Sala hasta fechas recientes.

SEGUNDO.- Esta misma Sección ha sostenido reiteradamente que la aplicación de dicha tasa a las empresas de telefonía fija e internet que no son propietarias de las redes o infraestructuras asentadas en el dominio público y sí exclusivamente titulares de un derecho de uso o acceso, era opuesta a dicha norma del Derecho europeo. Así, en sentencias 1172/2016, de 14 de noviembre (rec. 57/2016), 178/2017, de 9 de marzo (rec. 756/2016), 489/2017, de 14 de julio (rec. 425/2016), 669/2017, de 17 de octubre (rec. 837/2016), 701/2017, de 26 de octubre (rec. 713/2016), 743/2017, de 13 de noviembre (rec. 191/2017), 790/2017, de 1 de diciembre (rec. 113/2017), 834/2017, de 19 de diciembre (rec. 173/2017), 841/2017, de 19 de diciembre (rec. 145/2017), 84/2018, de 5 de febrero (rec. 255/2017), 135/2018, de 15 de febrero (rec. 332/2017), 168/2018, de 1 de marzo (rec. 595/2017), 356/2018, de 7 de mayo (rec. 466/2017), y otras.

Nuestra postura se ha fundamentado en la extensión de la jurisprudencia sobre telefonía móvil del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a las compañías que prestan los servicios de telefonía fija e internet. El TJUE, interpretando el citado art. 13 de la Directiva, declaró opuesto al Derecho comunitario gravar a las empresas titulares de meros derechos de uso, acceso e interconexión a redes de telefonía móvil, y esta Sala dedujo que como dicho precepto no distinguía entre telefonía fija y móvil y existía jurisprudencia que aparentemente aplicaba las disposiciones y pronunciamientos sobre telefonía móvil a las demás redes de comunicaciones, a todas ellas afectaba la ilegalidad de la tasa.

En efecto, en la sentencia de 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11), el TJUE había declarado:

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.

Y después, en auto de 30 de enero de 2014 (asunto C-25/13), relativo a las tasas sobre redes de comunicaciones electrónicas en general, se pronunció en estos términos:

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

En consecuencia, esta Sala ha venido declarando nulas las normas de las ordenanzas fiscales que permitían su gravamen.

TERCERO.- No obstante, en el seno del recurso de casación 1636/2017, que tenía por objeto una ordenanza semejante a las señaladas, el Tribunal Supremo planteó al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

Si la Directiva [autorización], interpretada por el TJUE en relación con empresas que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, y, específicamente, las limitaciones que la misma contempla en sus artículos 12 y 13 al ejercicio de la potestad tributaria de los Estados miembros, resulta de aplicación a las empresas prestadoras de servicios de telefonía fija e internet.

En el caso de que la cuestión anterior fuese respondida afirmativamente (y se declarara la aplicación de aquella Directiva a las prestadoras de servicios de telefonía fija e internet), si los artículos 12 y 13 de la Directiva [autorización] permiten a los Estados miembros imponer una tasa o canon cuantificados exclusivamente en atención a los ingresos brutos obtenidos anualmente por la empresa -propietaria de los recursos instalados- con ocasión de la prestación del servicio de telefonía fija e internet en el territorio correspondiente.

El TJUE dictó sentencia el 16 de julio de 2020 (asunto C-764/18) declarando:

Los servicios de telefonía fija y de acceso a Internet deben considerarse servicios de comunicaciones electrónicas en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulatorio común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), y, por tanto, servicios de comunicaciones electrónicas a los efectos 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), incluidos los artículos 12 y 13 de esta.

Los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una tasa como la controvertida en el litigio principal, cuyo hecho imponible es la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, en suelo, vuelo o subsuelo, respecto a infraestructuras que permiten la prestación de servicios de telefonía fija y de acceso a Internet.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo dictó la sentencia 555/2021, de 26 de abril, que sentó el siguiente criterio interpretativo:

Las limitaciones que para la potestad tributaria de los Estados miembros se derivan de los artículos 12 y 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 telecomunicaciones (Directiva autorización), tal como han sido interpretados por la STJUE (Sala Cuarta) de 27 de enero de 2021, Orange, C-764/18, no rigen para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local exigidas a las compañías que actúan en el sector de la telefonía fija y de los servicios de internet, tanto si éstas son las titulares de las redes o infraestructuras utilizadas como si son titulares de un derecho de uso, acceso o interconexión a las mismas.

Esta doctrina ha sido reproducida en las SSTS 559, 560, 561, 564, 565/2021, de 27 de abril (rec. 1994/2017, 2199/2017, 484/2018, 3473/2017 y 2793/2018), 576, 577, 595, 596 y 597/2021, de 29 de abril (rec. 2143/2017, 735/2018, 1383/2017, 2645/2017 y 3985/2017), y 615, 616 y 617/2021, de 4 de mayo (rec. 1352/2017, 5565/2017 y 1734/2018). De ellas, las SSTS 564, 565, 616 y 617/2021, casaron nuestras sentencias 701/2017, 135/2018, 489/2017 y 834/2017, que antes hemos citado.

Así pues, la jurisprudencia vigente considera válida la aplicación de tasas como la aquí controvertida a la utilización del suelo, vuelo y subsuelo por compañías de telefonía fija e internet no titulares de las infraestructuras que ocupan materialmente el espacio público. Tal circunstancia exige modificar nuestra postura y declarar ajustadas a Derecho las ordenanzas fiscales que así lo prevén, con el efecto de desestimar la cuestión de ilegalidad que suscita el Juez de instancia.

CUARTO.- Dado el objeto del presente procedimiento, no procede imponer las costas procesales causadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS la CUESTION DE ILEGALIDAD planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 5 de Madrid contra la Ordenanza fiscal núm. 20 del Ayuntamiento de Fuenlabrada reguladora de la tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros y de telefonía móvil, sin imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos”.

Lo que se anuncia de conformidad con lo dispuesto en el art. 126.2 LRJCA.

En Madrid, a 27 de diciembre de 2021.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

(03/35.514/21)

