

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 1 Córdoba**

Núm. 616/2017

Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 1 de Córdoba

Procedimiento: Pieza. Incidentes en fase de ejecución 6.2/2017.

Cuestión de ilegalidad Negociado: EG

Procedimiento abreviado 325/16

Recurrente: Orange Espagne S.A. Sociedad Unipersonal

Letrada: D^a. Ingrid Barruz González

Procurador: D. Francisco Abajo Abril

Demandados: Ayuntamiento de Córdoba

Representante: Letrado Ayuntamiento de Córdoba

Letrados: S.J. Ayunt. Córdoba

Se hace saber que en el recurso contencioso-administrativo número 325/2016, promovido por Orange Espagne S.A. Sociedad Unipersonal, contra Ayuntamiento de Córdoba, se ha dictado por el Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 1 de Córdoba Auto planteando cuestión de ilegalidad y que es del tenor literal siguiente:

Auto

(Planteando Cuestión de Ilegalidad)

En la ciudad de Córdoba, a diecisiete de febrero de 2017.

Dada cuenta y,

Antecedentes de hecho

Primero. Que con fecha 4-07-2016 se presentó Recurso Contencioso-Administrativo, turnado en reparto a este Juzgado y planteado por «Orange Espagne, S.A. (Unipersonal)», representada por el Procurador Sr. Abajo Abril y asistida por la Letrada Sra. Barruz González, impugnándose la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba (Consejo Municipal para la Resolución de Reclamaciones Económico-administrativas) de 19-04-2016, que inadmitió la reclamación económico-administrativa (núm. 11/2016) de dicha entidad contra la liquidación del 2º trimestre del ejercicio 2015 (Rfa. IUC15800012Q), girada a la misma en concepto de tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del vuelo, suelo y subsuelo del dominio público municipal a favor de las empresas explotadoras de servicios de suministros (Ordenanza Fiscal núm. 409 de dicho Ayuntamiento).

Segundo. Que, seguido el procedimiento por sus trámites, se dictó sentencia núm. 695/2016, de 28-12-2016, cuyo fallo reza así:

«... Que estimo en parte el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por «Orange Espagne, S.A. (Unipersonal)», representada por el Procurador Sr. Abajo Abril y asistida por la Letrada Sra. Barruz González, y anulo la resolución y liquidación tributaria impugnadas, por producirse ésta en aplicación de disposiciones generales (artículos 2.1 y 4.1 de la Ordenanza Fiscal núm. 409 del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba) que se consideran disconformes a Derecho. Habiendo de plantearse, firme que en su caso fuera esta resolución, la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra tales normas. Todo ello, sin hacer imposición de costas...».

Tercero. Que dicha sentencia ha ganado firmeza, al no haberse recurrido por ninguna de las partes, procediendo, pues, el planteamiento de la cuestión de ilegalidad anunciada.

Fundamentos Jurídicos

Único. Considera el juzgador de instancia que los artículos 2.1 y 4.1 de la Ordenanza Fiscal núm. 409 del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba son contrarios a normas superiores, al establecer que la tasa en cuestión resulta exigible también a las empresas explotadoras de servicios de suministros que no son propietarias o titulares de las redes correspondientes por las que los realizan, sino únicamente titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión a las mismas.

Son previsiones similares a la(s) del artículo 4.2 de la respectiva Ordenanza del Ayuntamiento de Cádiz sobre la que, en asunto análogo, se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S.J.A. en Sevilla, así en Sentencia de 15-09-2016 (Rec. 192/2016), citada (con reiteración del criterio) en las de 20-10-2016 (2) del mismo Tribunal (Recursos 187/2016 y 304/2016).

Se reproduce, en lo que importa, la motivación de esa sentencia de 15-09-2016:

<<... estas justificadas alegaciones que realiza el Ayuntamiento apelante no conllevan la inaplicación a la telefonía fija de la doctrina establecida en la sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012.

Así se ha pronunciado el T.S.J. de Cataluña en sentencias de 17 de septiembre de 2015 (recurso 540/2014), de 18 de enero de 2016 (recurso 122/15) o de 31 de marzo de 2016 (recurso 57/2015), razonando en esta última en los siguientes términos:

El punto de partida para resolver la presente controversia ha de ser la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C55/11, C57/11 y C58/11) por la que se resolvieron las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo así como las dictadas al respecto por este último.

El TJUE, en respuesta a las preguntas formuladas por la Sala Tercera del TS declaró que:

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

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

Las anteriores conclusiones no resultan afectadas por la posterior Sentencia del TJUE de 2762013 que cita el Ayuntamiento demandado, dictada en el asunto C71/12, sobre decisión prejudicial, en la que se declara que el artículo 12 de la Directiva, no se opone a un gravamen a las operadoras de telefonía móvil consistente en la percepción de un impuesto (porcentaje sobre los pagos que cobran las operadoras a los usuarios, equiparable a un impuesto sobre el consumo) y que va a cargo del usuario del servicio).

Sin embargo, lo que se debate en el presente recurso es la percepción de una tasa como contrapartida por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, que es el canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a que se refiere el artículo 13 de la Directiva autorización, artículo éste

"que no es pertinente en el referido asunto" según expresa textualmente el TJUE (apartado 19).

Como indicaba la Sentencia TJUE de 1272012 citada, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas, distintos de los previstos en ella, pues la Directiva se configura como una Directiva de máximos.

En cuanto a la Sentencia Tribunal de Justicia UE de 2132013, (nº C375/2011), viene referida a los cánones por uso de radiofrecuencias, de puesta a disposición de las frecuencias y un canon que cubre los gastos de gestión de la autorización, lo que tampoco es de aplicación al caso examinado.

A su vez, por lo que se refiere a la posibilidad de establecer otras figuras impositivas, la Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 492014, (nº C256/2013, nº C264/2013) razona:

«34. Sin embargo, el artículo 13 de la Directiva autorización no se refiere a todos los cánones a los que están sujetas las infraestructuras que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

35. En efecto, la Directiva autorización se aplica, según su artículo 1, apartado 2, a las autorizaciones de suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y su artículo 13 únicamente se refiere a los 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 ella, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos.

36. Pues bien, en el presente caso, de las resoluciones de remisión se desprende que el impuesto controvertido en los litigios principales recae sobre toda persona jurídica belga o extranjera que tenga un establecimiento en el territorio de la Provincia Antwerpen utilizado o reservado para su uso, cualesquiera que sean la naturaleza del establecimiento y la actividad de los sujetos al impuesto. El importe de este último depende de la superficie ocupada por los establecimientos. Por consiguiente, tales sujetos pasivos no son únicamente los operadores que suministran redes o servicios de comunicaciones electrónicas o quienes se benefician de los derechos previstos en el artículo 13 de la Directiva autorización.

37. De ello se desprende que el devengo del impuesto controvertido en los litigios principales no está vinculado a la concesión de los derechos de uso de radiofrecuencias o de los derechos de instalación de recursos, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización. Por tanto, tal impuesto no constituye un canon, en el sentido de dicho artículo, y, en consecuencia, no está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.»

El caso examinado por el TJUE venía referido a un impuesto que gravaba los establecimientos en un territorio, cualquiera que sea su naturaleza y actividad.

Por el contrario, el Auto del TJUE de 3012014, que se remite a la Sentencia de 1272012 antes citados, reitera que la tasa por aprovechamiento especial examinada y que regula el TRLHL, está vinculada a la utilización de los recursos contemplados en el artículo 13 de la Directiva autorización.

De lo anterior se concluye que no cabe asimilar las figuras tributarias (impuestos) a los que se refieren las Sentencias indicadas, con la tasa que es objeto del presente recurso.

(/...) Pues bien, las tasas por la ocupación del dominio público que regula el TRLHL, a cuyo amparo se dicta la Ordenanza impugnada, han de acomodarse a lo previsto en el artículo 13 de la Directiva, que tiene efecto directo, y de conformidad con las dos

cuestiones prejudiciales que ha resuelto el TJUE, así como a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ya se ha dicho que las indicadas tasas participan de la naturaleza de los cánones por la instalación de recursos en la propiedad pública a que se refiere el artículo 13 y únicamente puede atribuirse la condición de sujeto pasivo de la tasa a las empresas o entidades que sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, pero no a las que sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

Como señaló el TJUE en la tantas veces citada Sentencia de 12 de julio de 2012, acogiendo las conclusiones del Abogado General en los puntos 52 y 54, los términos "recursos" e "instalación" remiten, respectivamente, a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate.

El apartado 33 de la propia Sentencia indica textualmente:

"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."

Y en el apartado 34 señala: "Por lo tanto, no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de "canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma", puesto que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público".

El Auto TJUE de 30 de enero de 2014, resuelve la pregunta del órgano jurisdiccional remitente, acerca de si el derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una tasa impuesta no ya como contrapartida por el otorgamiento de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, en el sentido del artículo 13 de la Directiva autorización, sino como contrapartida por la utilización de esos recursos, a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos.

En sus apartados 31 y 32 se razona:

"31 Por consiguiente, se deduce claramente de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una tasa, como la que es objeto del procedimiento principal, 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 autorización, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas no siendo propietarios de dichos recursos.

32 Se desprende del conjunto de las consideraciones anteriores que procede responder a las cuestiones planteadas que el Derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia Vodafone España y France Telecom España, antes citada, 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 autorización, a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos".

(/...) A la vista de lo anterior, se concluye que el recurso debe prosperar porque asiste la razón a la demandante cuando mantiene que no cabe aplicar el canon a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilicen para la prestación de servicios.

La razón de que la Sentencia TJUE se refiera únicamente a los operadores de telefonía móvil, trae causa del supuesto que examinaba, pero no afecta al principio que en la misma se sienta y que reitera el posterior Auto de 30 de enero de 2014: es improcedente la tasa municipal por el uso de redes ajenas.

Así las cosas, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de junio de 2015 (rec. casación 742/2014) pone de relieve que una numerosa serie de decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad ha declarado la incompatibilidad de normas fiscales nacionales con los objetivos comunitarios, obligando por ello a los Estados miembros a la anulación de las mismas o a su modificación. Es doctrina consolidada que, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho Comunitario. La Comunidad Europea, pues, supone una importante limitación a la soberanía fiscal de los estados que la componen, pues deben abstenerse de dictar disposiciones incompatibles con los objetivos comunitarios y eliminar de sus ordenamientos aquellas normas que incurran en esa circunstancia.

En relación con las Directivas comunitarias en el ámbito de las telecomunicaciones (Directiva marco, Directiva acceso, Directiva autorización y Directiva acceso universal), recuerda el TS que "El Tribunal de Justicia ha interpretado que las Directivas en cuestión prohíben imponer a las empresas que operan en el ámbito de las telecomunicaciones, por esa sola condición, otras cargas distintas y adicionales a las previstas por ellas. Se limita, pues, la soberanía financiera y tributaria de los Estados. De no entenderse así, se pondría en peligro el "efecto útil" perseguido por la norma. Se trata, en suma, de armonizar los cánones y los gravámenes que los Estados miembros pueden imponer a los titulares de licencias y autorizaciones para operar en el sector."

A su vez, la supremacía del Derecho europeo sobre los derechos nacionales es absoluta y en caso de conflicto entre derecho interno y derecho comunitario, la primacía del derecho comunitario ha de ser garantizada por los jueces nacionales, que no han de aplicar la norma interna contraria.

(/...) Cabe señalar que el TSJ de Galicia se ha pronunciado en un asunto como el examinado en su Sentencia de 2952015 (Recurso de Apelación 15030/2015) en la que se concluye que la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en cuanto incluye utilidades o aprovechamientos por parte de empresas que no sean titulares de redes o instalaciones, se opone al Derecho de la Unión de forma evidente.

Esta Sala comparte los acertados fundamentos de dicha resolución, a la que basta remitirse, en consonancia con las conclusiones de la Abogado General presentadas en los asuntos acumulados C55/11, C57/11 y C58/11, en tanto la instalación de un cable por debajo de una vía pública para transmitir señales requiere un «derecho de paso» y, una vez instalado, cualquiera que sea el número de señales transmitidas a través del cable, el uso del cable no afecta a la disponibilidad de los «derechos de paso». Los usuarios distintos de la empresa que instala los recursos también se benefician de los «derechos de paso» concedidos a ésta. No obstante, en un mercado competitivo, cabe presumir que el precio estipulado por ese uso (es decir, el «acceso») incluirá una compensación por ese aprovechamiento. Si las empresas propietarias de los recursos empleados para el suministro de redes y

servicios de comunicaciones electrónicas pueden recuperar el canon pagado por los derechos de instalación de tales recursos, a través del precio negociado con los operadores que los usan y a esos operadores también se les exige el pago de un canon a los ayuntamientos por dicho uso, se distorsiona la competencia porque el usuario de los recursos soporta un doble gravamen. Asimismo, el artículo 13 de la Directiva autorización no puede interpretarse en el sentido de que incluya los cánones por el uso de recursos pertenecientes a otra empresa, porque dicho uso sencillamente no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva, sino de la Directiva acceso, que es la que define los derechos y las obligaciones de los operadores y de las empresas que deseen interconectarse y/o acceder a sus redes o recursos asociados.

(/...) En definitiva, el Derecho de la Unión no permite exigir una tasa por el uso de la propiedad pública a que se refiere el artículo 13 de la Directiva 2002/20, a las operadoras de telefonía que no sean propietarias de los recursos instalados en el dominio público, pues el uso de tales recursos ajenos se rige por la directiva acceso, y la Directiva acceso no contempla una tasa como la controvertida, lo que lleva a estimar el recurso."

En suma, dado que el servicio de telefonía fija, como en el caso de la móvil, queda englobado en las comunicaciones electrónicas en el sentido de la Directiva 2002/20, la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la tasa por el aprovechamiento especial del dominio público para la prestación de servicios de telefonía móvil, contenida, por todas, en la Sentencia de 15 de octubre de 2012, dictada en el Recurso de Casación núm. 1085/2010, las Sentencias de 15 de febrero de 2013, dictadas en los recursos de casación núms. 5709/2009, 6550/2009, 6559/2009, 6581/2009, 5260/2010, 5789/2009, 5489/2009, 5880/2010, 89/2010 y 5190/2010, las de 22 de febrero de 2013, dictadas en los recursos de casación 6511/2009, 5594/2009, 503/2010, 5302/2009, 592/2010, 5502/2009, 6101/2009, 6471/2009, 5631/2009, 6531/2009, 5596/2009, 6112/2009, 5602/2009 y 5603/2009, es trasladable al supuesto de telefonía fija.»

En igual sentido se pronuncia no sólo el ya citado T.S.J. de Galicia en otras resoluciones, como la de 16 de marzo de 2016 (recurso: 15077/2015), también el T.S.J. de Castilla La Mancha en sentencia de 14 de marzo de 2016 (recurso 536/2014) o la Sala de Valladolid del T.S.J. de Castilla León en sentencia de 20 de noviembre de 2015 (recurso 154/2015); y esta Sala comparte igual criterio.

Por tanto, aunque debe prosperar la impugnación indirecta de la Ordenanza conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley Jurisdiccional, por ser competencia de la Sala el examen de la legalidad de dicha disposición general, sin embargo no puede anularse la totalidad de la misma como sin más precisión se interesa en el suplico de la demanda, pues sólo procede la anulación del artículo 4.2 de la Ordenanza referente a la determinación del sujeto pasivo y la cuantificación de la tasa, en relación a la utilización especial del dominio público para la prestación de servicios de telefonía fija, y ello en virtud de la primacía del derecho comunitario, cuya normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales, como así se expresa la referida sentencia del T.S.J. de Cataluña de 31 de marzo de 2016, y ello porque la Ordenanza impugnada parte también de la premisa de que todos los operadores de telefonía fija 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, lo que no se adecúa a la Directiva autorización ...».

Por las mismas razones de la transcrita sentencia, trasladables

al supuesto de autos (sobre telefonía fija y la misma operadora allí recurrente), serían disconformes a Derecho las disposiciones generales aplicadas de que se trata.

Vistos los preceptos citados, concordantes y demás de pertinente aplicación

Parte Dispositiva

S.S^a, ante mí, dijo: se plantea cuestión de ilegalidad respecto de los artículos 2.1 y 4.1 de la Ordenanza Fiscal núm. 409 del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba (en cuanto establecen que la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, suelo y subsuelo del dominio público municipal a favor de las empresas explotadoras de servicios de suministros, regulada en dicha Ordenanza, resulta exigible también a las empresas explotadoras de tales servicios que no son propietarias o titulares de las redes correspondientes por las que los realizan, sino únicamente titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión a las mismas). Ello por las razones contenidas en el Fundamento Jurídico de este Auto.

De conformidad con el artículo 123.2 de la Ley Jurisdiccional, emplácese a las partes para que, en el plazo de quince días, puedan comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión. Sin que, transcurrido ese plazo, se admita la personación.

Al notificarse la presente resolución, hágase saber que contra la misma no cabe recurso alguno (artículo 123.1 de la L.J.C.A.).

Así por éste su Auto, lo acuerda, manda y firma el Sr. D. Antonio Jesús Pérez Jiménez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Córdoba; doy fe.

E/ Ante mí.

Lo que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 124.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), se hace público para general conocimiento.

En Córdoba, a 20 de febrero de 2017. Firmado electrónicamente por la Letrada de la Administración de Justicia, María Carmen Benavente Jover.