



Roj: **STS 3922/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:3922**

Id Cendoj: **28079130022013100815**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **05/07/2013**

Nº de Recurso: **809/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: SEGUNDA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Rafael Fernández Montalvo

Magistrados:

D. Emilio Frías Ponce

D. Angel Aguallo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández

D. Ramón Trillo Torres

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

En la Villa de Madrid, a cinco de julio de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Segunda por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 809/2012, interpuesto por "France Telecom España, **SS.A.**", representada por el procurador don Roberto Alonso Verdú, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco**, de fecha 28 de diciembre de 2011, en el recurso contencioso- administrativo nº 495/2010, interpuesto contra la Ordenanza reguladora de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Sestao.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "France Telecom España, **SS.A.**" interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco** contra la Ordenanza reguladora de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Sestao, publicada en el correspondiente Boletín Oficial de la Provincia.

Segundo.- En su escrito de demanda alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia por la que se anule dicha disposición normativa de carácter general.



La mercantil recurrente igualmente interesaba en su escrito de demanda, para el supuesto de que la Sala albergase dudas sobre la problemática suscitada, el planteamiento por parte del órgano jurisdiccional de una cuestión de inconstitucionalidad o una prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la conformidad de la norma recurrida con el Derecho de la Unión.

El Ayuntamiento de Sestao contestó a la demanda, suplicando a la Sala que dictase sentencia desestimatoria del recurso.

Tercero.- Tras la tramitación procesal oportuna, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco** dictó la Sentencia hoy recurrida cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando, parcialmente, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por France Telecom España **SS.A.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sestao que estableció la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local de las empresas explotadoras de servicios de telefonía y aprobó la ordenanza de ese tributo publicada en el Boletín Oficial de Bizkaia de 8-04-2010; quedando registrado dicho recurso con el número 495/10 debemos declarar y declaramos la nulidad del artículo 5 de la ordenanza recurrida por ser disconforme con el ordenamiento jurídico; sin imposición de costas".

Cuarto.- Notificada dicha sentencia se presentó escrito por la representación procesal de "France Telecom España, **SS.A.**", manifestando su intención de interponer recurso de casación, que se tuvo por preparado por providencia de la Sala de instancia, emplazando a las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

El escrito de interposición del recurso de casación incorpora seis motivos de casación, el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional y los restantes al amparo del apartado d) del citado precepto:

- 1) Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales con indefensión para la parte, por infracción del artículo 24 CE, en relación con los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA y 218 LEC; por incongruencia omisiva de la sentencia impugnada
- 2) Por infracción del artículo 24.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (reproducido por el artículo 25.1 de la Norma Foral de Haciendas Locales), y la jurisprudencia aplicable.
- 3) Por infracción del último párrafo del artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.
- 4) Por infracción del artículo 25.1.a) de la Norma Foral, en relación con el hecho imponible y el sujeto pasivo de la tasa.
- 5) Por infracción del artículo 3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y de los artículos 5 y 6 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local y de los artículos 9.3, 14, 31, 103.1 y 133.2 de la CE.
- 6) Por infracción de los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, en relación con las Directivas 2002/21/CE y 2002/19/CE.

Se solicita que, tras el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, se dicte sentencia por la que, con estimación del recurso de casación se case y anule la recurrida y se dicte otra más ajustada a Derecho.

Quinto.- Admitido a trámite el recurso de casación por providencia de 10 de mayo de 2012, se remitieron las actuaciones a esta Sección Segunda, conforme a las reglas de reparto de asuntos, dándose traslado del recurso al Ayuntamiento de Sestao, que se ha opuesto al mismo.

Sexto.- Por diligencia de ordenación de 29 de octubre de 2012 se da cuenta a las partes de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, ha dictado Sentencia con fecha 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11) en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por esta Sala, confirmando a las partes un plazo de diez días para que aleguen lo que a su derecho convenga.

Al evacuar dicho trámite, "France Telecom España, **SS.A.**" termina suplicando que se declare que: 1) Los artículos 21, 24 y 25 de la Norma Foral 9/2005, de 10 de marzo, así como los artículos 20, 23 y 24 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, vulneran lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2002/20, que goza de efecto directo, y deben resultar inaplicados de acuerdo con lo resuelto en el punto 1) del fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recaída el pasado 12 de julio de 2012 en los Asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11, Vodafone España y otros; y 2) La Ordenanza objeto de



impugnación en el presente recurso resulta nula de pleno Derecho por vulnerar la normativa comunitaria antes referida".

Séptimo.- Por providencia de 21 de junio de 2013 se nombró ponente al Excmo. Sr. Magistrado don Rafael Fernández Montalvo y se señaló para su votación y fallo el día 3 de julio de 2013, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. don Rafael Fernández Montalvo, Presidente de Sección

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación reproducen en buena medida las ya analizadas con ocasión de nuestra Sentencia de 10 de octubre de 2012, que resolvió el recurso de casación número 4307/2009, si bien referidas a una ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Santa Amalia (Badajoz).

En dicho recurso 4307/2009 se planteó por esta Sala una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los siguientes términos:

1ª) ¿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 una normativa nacional que permite 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 usan para prestar servicios de telefonía móvil?

2ª) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado, artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?

3ª) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?

Pues bien, en su respuesta al reenvío prejudicial el Tribunal de Justicia (Sentencia con fecha 12 de julio de 2012 -asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11-) pone de manifiesto que el artículo 13 de la 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.

Razona al respecto el Tribunal de Justicia lo siguiente:

"26. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en lo sustancial, si dentro del ámbito de la posibilidad que ofrece a los Estados miembros el artículo 13 de la Directiva autorización, de imponer un canon por «los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», que refleje la necesidad de garantizar el reparto óptimo de esos recursos, está incluida una normativa nacional que impone una tasa por la utilización del dominio público local no sólo a los operadores que son propietarios de las redes de telefonía desplegadas en dicho dominio, sino también a los operadores titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión con esas redes.

27. En particular, dicho órgano jurisdiccional interroga al Tribunal de Justicia acerca de si puede gravarse con una tasa como ésta no sólo al operador que, conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva marco, es titular de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública, o por encima o por debajo de la misma, y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de dicha Directiva y en el artículo 12 de la Directiva acceso, puede verse obligado a compartir esos recursos, sino también a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil utilizando tales recursos.

28. Con carácter preliminar, ha de observarse que, 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 (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de julio de 2006, Nuova società di telecomunicazioni, C-339/04, Rec. p. I-6917, apartado 35, y de 10 de marzo de 2011, Telefónica Móviles España, C-85/10, Rec. p. I-0000, apartado 21).

29. Según se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, los Estados miembros únicamente están facultados, pues, para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.



30. En el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la idea de que las tasas controvertidas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12 de dicha Directiva ni en el concepto de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números en el sentido del artículo 13 de la misma. Por lo tanto, la cuestión radica únicamente en determinar si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los «derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma» en virtud del citado artículo 13 permite la aplicación de cánones como los del procedimiento principal, en tanto en cuanto se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público.

31. Si bien en la Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación, procede señalar, por una parte, que resulta del artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir, a aquella que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el espacio situado por encima del suelo.

32. Por otra parte, como señaló la Abogado General en los puntos 52 y 54 de sus conclusiones, 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.

33. 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.

34. 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".

Por otra parte, habiendo quedado sin objeto la segunda cuestión prejudicial planteada (que preguntaba, para el supuesto de que la tasa se considerara compatible con el artículo 13 de la Directiva, si las condiciones en que la misma era exigida en la ordenanza satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación), el Tribunal de Justicia aborda la respuesta a la tercera cuestión relativa a si cabe reconocer al citado artículo 13 de la Directiva autorización efecto directo y, por lo tanto, si un particular puede invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

La respuesta del Tribunal es positiva, reconociendo que el artículo 13 de la Directiva 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.

Ello es así por cuanto dicha disposición "(...) establece, en términos incondicionales y precisos, que los Estados miembros pueden imponer un canon en tres supuestos específicos, a saber, por los derechos de uso de radiofrecuencias o números o por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma".

En definitiva, el Tribunal de Justicia, en respuesta a las preguntas formuladas por esta Sala, 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".

Segundo.- En nuestra Sentencia de 10 de octubre de 2012, que resolvió el recurso de casación número 4307/2009, tras analizar el marco normativo aplicable así como la respuesta prejudicial ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión antes aludida, estimamos el último motivo del recurso de casación con la consiguiente



estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando determinados preceptos de la Ordenanza impugnada (en ese caso del Ayuntamiento de Santa Amalia).

La solución a la que debemos llegar hoy, por unidad de doctrina, es la misma, de tal manera que procede la anulación de los siguientes preceptos de la Ordenanza impugnada, en relación con los servicios de telefonía móvil:

a) Del artículo 2, en cuanto en cuanto incluya dentro del hecho imponible de la tasa, la utilización de antenas, instalaciones o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de las antenas, instalaciones o redes. La extensión del hecho imponible a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil, resulta contraria al artículo 13 de la Directiva autorización.

b) Del artículo 3, en cuanto atribuya 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, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

La solución a que se llega, tal y como se señaló en la Sentencia de 10 de octubre de 2012 "(...) 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 lo parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002".

Tercero.- Resta por analizar la cuestión relativa a si la regulación en el artículo 5 de la Ordenanza fiscal impugnada de la cuota tributaria del servicio de telefonía móvil resulta ajustada a Derecho.

Ahora bien, tal y como declaramos igualmente en la Sentencia citada de 10 de octubre de 2012, es de recordar en este punto que la Sala de instancia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por la hoy recurrente, anulando el artículo 5 de dicha Ordenanza, y como quiera que tal pronunciamiento ha devenido firme al no haber sido recurrido por la parte perjudicada por tal fallo, no resulta pertinente que esta Sala entre en el análisis de esta cuestión.

La estimación del motivo de casación formulado por "France Telecom España, **SS.A.**", por infracción del Derecho de la Unión Europea, hace innecesario el análisis de los restantes motivos articulados al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley, así como del formulado al amparo del apartado c) del citado precepto, puesto que una hipotética estimación de este último nos situaría en la posición del Tribunal de instancia, dando lugar en todo caso al pronunciamiento al que seguidamente haremos referencia.

Cuarto.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de Ley Jurisdiccional, no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso de casación, ni por las originadas en la instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "France Telecom España, **SS.A.**" contra la Sentencia dictada, con fecha 28 de diciembre de 2011, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco** en el recurso número 495/2010, que se casa y anula, salvo en lo relativo a su pronunciamiento estimatorio parcial en el que declaró nulo de pleno derecho el artículo 5 de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Sestao.

SEGUNDO.- Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "France Telecom España, **SS.A.**" contra la Ordenanza reguladora de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras o prestadoras del servicio de telefonía móvil, del Ayuntamiento de Sestao, declarando, en relación con la prestación de servicios de telefonía móvil, la nulidad del artículo 2, en cuanto incluya dentro del hecho imponible de la tasa la utilización de antenas, instalaciones o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de las antenas, instalaciones o redes; y del artículo 3, en cuanto atribuya 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, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

TERCERO.- No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

Así, por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos,

Rafael Fernández Montalvo Emilio Frías Ponce

Angel Aguallo Avilés José Antonio Montero Fernández

Ramón Trillo Torres Juan Gonzalo Martínez Micó

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Fernández Montalvo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ