

D./D^a. MARIA LOPEZ LUNA, Secretario de la SECCION TERCERA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA CON SEDE EN SEVILLA

CERTIFICO: Que en el recurso contencioso-administrativo número 97/2012 ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA.
SECCION TERCERA.
RECURSO: 97/2012

S E N T E N C I A

Ilustrísimos Magistrados:

D. Victoriano Valpuesta Bermúdez. Presidente.
D. Eloy Méndez Martínez.
D. Juan María Jiménez Jiménez.

En Sevilla, a 25 de abril de 2014.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha visto el presente recurso seguido en esta Sección Tercera con el número 97/2012 interpuesto por Telefónica Mviles España, S.A.U., compareciente actuado representada por el procurador Sr. Rincón Rodríguez contra el Ayuntamiento de Umbrete, representado por el Letrado de la Diputación Provincial de Sevilla. La cuantía del recurso es indeterminada.

Ha sido ponente el Ilustre Sr. D. Juan María Jiménez Jiménez que expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El recurso se interpuso contra la Orden

Fiscal reguladora de la Tasa por aprovechamiento especial de dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, aprobada por acuerdo plenario del Ayuntamiento de Umbrete de 29 de septiembre de 2011, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de 20 de diciembre de 2011.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda la parte recurrente solicitó que se dictara sentencia por la que se anule la disposición normativa de carácter general.

TERCERO.- En el escrito de contestación a la demanda la Administración demandada se opuso a las pretensiones de la parte recurrente, y pidió se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda. Recibido el recurso de amparo, y practicadas las propuestas que fueron admitidas, se dio ocasión a las partes para que formularan sus conclusiones, quedando a continuación las actuaciones concluidas para la sentencia. En tal situación se acordó la suspensión del procedimiento de las actuaciones hasta que se resolvieran las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la posible incompatibilidad de las Ordenanzas aprobadas por determinados municipios relativas a la tasa por ocupación o aprovechamiento especial del suelo, vuelo y subsuelo con el art. 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo del 2002.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se ha observado todas las prescripciones legales, salvo determinados plazos procesales por acumulación de asuntos ante la Audiencia Provincial de Sevilla, habiéndose señalado para votación y fallo el día de ayer, el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por aprovechar especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, aprobada por acuerdo plenario del Ayuntamiento de Umbrete de 29 de septiembre de 2010, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de 20 de diciembre de 2011.

SEGUNDO.- Con carácter previo, se ha de hacer constar que se acordó la suspensión del presente recurso por el Tribunal Supremo, a partir de los autos de 28 y 29 de octubre y 3 de noviembre de 2010, decidió plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea diversas cuestiones prejudiciales por suscitársele las dudas de si, tratándose de cánones por los derechos de instalación de recursos en propiedades públicas o privadas, por encima o por debajo de las mismas, dada la dicción del art. 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo del 2002, "cabe someter a ese tributo, no sólo al operador titular de la red, que la instala en esas propiedades, bajo o sobre ellas, sino también a los operadores que meramente reciben servicios de interconexión y que, por ende, tienen acceso a la red y la usan", y, "para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado art. 13 de la Directiva 2002/20/CE", se resuelva si "las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza fiscal controvertida satisfacen los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de los interesados", y, por último, si "cabe reconocer al recurso el efecto directo" del art. 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo"; es

sobre aspectos o cuestiones sobre las que versa también presente recurso.

Pues bien, en su respuesta al reenvío prejudicial Tribunal de Justicia (sentencia con fecha 12 de julio de -asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11-) por manifiesto, sintéticamente, que el artículo 13 de la Directiva autorización debe interpretarse en el sentido de que se a la aplicación de un canon por derechos de instalación recursos en una propiedad pública o privada, o por encima por debajo de la misma, a los operadores que, si propietarios de dichos recursos, los utilizan para proporcionar servicios de telefonía móvil. Por otra parte, habiendo que sin objeto la segunda cuestión prejudicial planteada Tribunal de Justicia aborda la respuesta a la tercera cuestión 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.

Así las cosas, y siguiendo en esto las múltiples sentencias del Tribunal Supremo dictadas una vez otorgadas tales respuestas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, procede la anulación de los artículos 2 y 3 de la Ordenanza impugnada: El primero, en cuanto incluye dentro del hecho imponible de la tasa "la utilización privada y aprovechamiento especial del dominio público local consistente en el vuelo, suelo y subsuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil", no distinguiendo si se utilizan redes propias o ajenas; y el segundo, en cuanto atribuye la consideración de sujeto pasivo de la tasa a los "titulares de las explotadoras o prestadoras de telefonía móvil tanto los titulares de las redes como sino siéndolo, hacen uso, a las que o se interconectan a estas redes".

TERCERO.- Por último, en cuanto a la cuestión relativa a si la regulación en el artículo 6 de la Ordenanza impugnada de la cuota tributaria del servicio de telecomóvil, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado ya sobre la disconformidad a Derecho de la regulación de la cuantificación de la tasa que se contiene en ordenanzas como la que ahora nos ocupa. En efecto, en su sentencia de 10 de octubre de 2012 (recurso de casación núm. 1085/2010) se ha declarado que el pronunciamiento anulatorio había de extenderse al precepto de la ordenanza regulador de la cuantificación de la tasa, y ello por las siguientes razones: "Por otra parte, la anulación tiene que alcanzar también al art. 4 de la Ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telecomóvil realizan el hecho imponible, con independencia de si sea el titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales; no se adecua a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la Abogada General, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, sostiene que "con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, una cuota que no responde a los requisitos de justificación objetiva, de proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trata, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de la empresa, o en otros parámetros que no guardan relación con la disponibilidad del acceso a un recurso "es contrario al artículo 13 de la Directiva". 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 negocio de la empresa".

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 móviles como recoge la Ordenanza, y además, utilizando de nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuanto pueden conllevar a desviaciones en el cálculo del beneficio de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio". En consecuencia, no resultando ajustado a Derecho el método de cuantificación que se refiere el artículo 5 de la Ordenanza que hoy nos ocupa (Base imponible y cuota tributaria), se impone declarar también la nulidad del citado precepto.

Se impone, pues, la estimación parcial del recurso, por necesidad de agotar otras consideraciones debiéndose publicar el fallo de esta sentencia (ex art.72.2 L.J.C.A.) en el periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Unión Europea no procede la condena de ninguna de las partes al pago de costas causadas, al hallarnos ante una cuestión que presenta serias dudas jurídicas ya resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Supremo.

Vistos los artículos citados y demás pertinentes a la general aplicación.

F A L L A M O S

Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U., contra la Ordenanza Fiscal reguladora

Tasa por aprovechamiento especial del dominio público por empresas explotadoras de servicios de telefonía r aprobada por acuerdo plenario del Ayuntamiento de Umbre 29 de septiembre de 2011 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de 20 de diciembre de 2011, declarada nula de pleno derecho por la Sala IV de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Sevilla de 20 de diciembre de 2011, declarando la nulidad del artículo 2, en cuanto incluye dentro del imponible de la tasa la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público local constituido en el vuelo, suelo y subsuelo de las vías públicas municipales u otros terrenos públicos a favor de empresas explotadoras o prestadoras de servicios de telefonía móvil aunque no sean titulares de las redes fijas usadas, y del artículo 3, en cuanto atribuye la condición de sujeto pasivo de la tasa a las personas físicas y jurídicas titulares de las empresas explotadoras o prestadoras de telefonía móvil aunque no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los referidos servicios, así como del artículo 5, regulador de la base imponible, cuota tributaria del servicio de telefonía móvil y de cuantificación de la tasa, por considerar que dichos preceptos no ajustados a derecho; ordenando la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla del fallo de esta sentencia una vez adquiriera la misma firmeza. Sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación fundado en los motivos previstos en el art. 88 de la L.J., el cual habrá de prepararse en el plazo de diez días a contar desde la notificación de esta resolución previo el depósito que corresponda.

Y a su tiempo, y con certificación de la presente por el secretario de cumplimiento, devuélvase el expediente a su lugar de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará en la forma legal forma a las partes, definitivamente juzgando y haciendo pronunciamos, mandamos y firmamos..

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original que remito. Y para que así conste, libro el presente en SEVILLA, a treinta de junio de dos mil catorce .

