

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 GIJON

SENTENCIA: 00152/2016

Modelo: N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

Equipo/usuario: mLM

N.I.G: 33024 45 3 2015 0000119

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000118 /2015

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/Dª: ORANGE ESPAGNE S.A.

Abogado:

Procurador D./Dª: [REDACTED] LOPD

Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE GIJON

Abogado: [REDACTED] LOPD [REDACTED] [REDACTED]

Procurador D./Dª [REDACTED] LOPD

SENTENCIA

En Gijón, a diecinueve de Julio de dos mil dieciséis.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Ordinario núm. 118/2015, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante Orange Espagne, S.A. Sociedad Unipersonal representada por el Procurador Don [REDACTED] LOPD y asistida por las Letradas Doña [REDACTED] LOPD y Doña [REDACTED] LOPD; de otra como demandada el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador Don [REDACTED] LOPD y asistido por el Letrado Don [REDACTED] LOPD; sobre Tributario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la recurrente se presentó en este Juzgado, recurso contencioso-administrativo, alegando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en el mismo.

SEGUNDO: El referido recurso fue admitido a trámite acordando reclamar a la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, que fue remitido, dándose traslado del mismo a las partes para formalizar y contestar a la demanda, respectivamente, recibiendo posteriormente el pleito a prueba y practicándose las mismas con el resultado que obra en autos.





TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto la del plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que ha pesado sobre el Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 18-2-15 por la que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas presentadas frente a las resoluciones desestimatorias de los recursos de reposición interpuestos contra las liquidaciones relativas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituidos en el Suelo, Subsuelo y Vuelo de la vía pública a favor de las empresas explotadoras de suministros, correspondientes al tercer trimestre del ejercicio 2013 y primer y segundo trimestre del ejercicio 2014.

Se señala en la demanda que el origen del presente recurso se encuentra en las liquidaciones que fueron practicadas por el Ayuntamiento de Gijón que no se ajustan a derecho en la medida en que las mismas constituyen actos de ejecución de la Ordenanza Fiscal reguladora de la "Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituidos en el Suelo, Subsuelo y Vuelo de la vía pública a favor de las empresas explotadoras de suministros", aprobada por el Ayuntamiento de Gijón que también se impugna indirectamente, que es nula de pleno derecho, lo que hace que las liquidaciones dictadas a su amparo también sean nulas de pleno derecho.

Como fundamentos de derecho se formula impugnación indirecta de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Gijón. Se indica que la Ordenanza autoriza, en contra de las imposiciones del derecho comunitario, el establecimiento a los operadores de una tasa que: a) Se exige con independencia de que ocupen o no dominio público, cuando las Directivas vigentes en materia de telecomunicaciones únicamente permitirían gravar a los titulares de las redes, por ser los únicos que realizan una ocupación efectiva del dominio público. b) No responde al uso óptimo de las redes de telecomunicaciones, finalidad u objetivo que exige expresamente el art. 13 de la Directiva 2002/20/CE. c) Infringe los principios de transparencia, no discriminación, justificación y proporcionalidad.

Se alega que la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituidos en el Suelo, Subsuelo y Vuelo de la vía pública a favor de las empresas explotadoras de suministros es contraria al derecho comunitario.

Se señala que la tasa únicamente podrá ser exigida a los titulares de redes; la tasa únicamente podrá ser exigida a los titulares de redes cuando ello sea necesario para garantizar el uso óptimo de los recursos; la tasa únicamente podrá ser exigida a los titulares de redes cuando, entre otras circunstancias, esté justificada objetivamente y sea proporcionada al fin previsto.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Se indica que la actora no ha encontrado documentación alguna que permita determinar que la misma es titular de las redes de telecomunicaciones en el municipio de Gijón. Se alega la infracción de los principios de transparencia y proporcionalidad: incumplimiento por el Ayuntamiento de Gijón de las obligaciones de publicidad e información impuestas por la Directiva 2002/20/CE.

Por la Administración demandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Solicita la parte actora en su demanda se dicte sentencia por la que se anule la resolución impugnada y las liquidaciones que ésta confirma, así como la Ordenanza del Ayuntamiento que le sirve de causa.

Se sostiene por la Administración que la demanda incurre en desviación procesal, en tanto por vía del recurso indirecto se está impugnando con carácter general y directo la Ordenanza Fiscal, en preceptos y para supuestos de hecho que no afectan al acto controvertido.

A este respecto la sentencia del TS de 17-10-2002 señala que no cabe confundir un recurso directo contra una disposición de carácter general (lo que es un auténtico recurso contra la norma) con un recurso indirecto (que no constituye propiamente un recurso contra la norma sino contra su acto de aplicación, con base en la ilegalidad de aquella, en este caso la ilegalidad de la disposición no se esgrime como una pretensión autónoma sino solo como un motivo de impugnación del acto).

Por ello la impugnación indirecta de una disposición general tiene que guardar relación con el acto directamente impugnado. Así, este mecanismo (la impugnación indirecta) no puede desnaturalizarse, de manera (STS de 16-11-2009) que el recurso se utilice para cuestionar la norma en aspectos que nada tienen que ver con aquellos que se combaten en el acto recurrido.

Por ello no podemos compartir el criterio manifestado en la demanda (folios 136 y 137 de la causa) en el sentido de que lo relevante es que los artículos citados de la Ordenanza deben ser declarados nulos porque contemplan la posibilidad de gravar a los sujetos pasivos cuando estos no son los titulares de las redes del Ayuntamiento.

Si, como sucede en el caso de autos, la resolución recurrida considera que la actora sí es titular de redes a través de las cuales se efectúa el suministro, entonces, la recurrente puede contradecir tal afirmación, pero no impugnar los preceptos de la Ordenanza que permiten gravar a las empresas explotadoras de suministros, pretendiendo la anulación de las liquidaciones impugnadas en base a que la Ordenanza grava tanto a las empresas titulares de redes como a las que lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas (art. 10.2 de la Ordenanza). Al proceder así, está efectuando, en realidad, una impugnación directa de la Ordenanza, que no puede ser admitida.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Así, en las resoluciones de 30-7-14 (folio 45 del expediente 023658/2014), 11-9-14 (folio 45 del expediente 026393/14) y de 1-9-14 (folio 44 del expediente 003973/2014) se dice con claridad que la entidad recurrente es titular de las redes a través de las cuales se efectúa el suministro.

La resolución recurrida examina el art. 13 de la Directiva 2002/20/CE señalando que el mismo posibilita que los Estados miembros permitan a las autoridades competentes, en este caso el Ayuntamiento de Gijón, establecer o imponer cánones, tasa en el presente caso, por el uso o derechos de instalación de recursos de una propiedad pública o privada, por encima o por debajo de la misma. También estudia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12-7-12, en concreto los apartados 31 a 34. En este último se dice que "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 los recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil, explotando así ese dominio público".

La resolución recurrida añade que si bien la sentencia de 12-7-12 se está refiriendo al asunto planteado por empresas suministradoras de telefonía móvil, no existe en el analizado art. 13 de la Directiva 2002/20/CE, ninguna diferenciación en materia de imposición de cánones entre la telefonía fija y la móvil ya que ambas están consideradas como comunicaciones electrónicas, estando ambas incluidas en el ámbito de aplicación de la referida Directiva 2002/20/CE.

Ha de recordarse que la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) declara que "el art. 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7-3-2002, 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".

Continúa la resolución del Tribunal Económico Administrativo del Ayuntamiento de Gijón señalando que los Ayuntamiento solo podrán cobrar tasas municipales por el uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público municipal a los operadores de redes de telecomunicaciones titulares de instalaciones pero no a los operadores interconectados o con derechos de acceso que se limiten a usar las instalaciones de otras empresas para prestar sus servicios, citando las sentencias del TS de 10 y 15 de octubre de 2012.

A continuación la resolución recurrida señala que "siendo la reclamante la propietaria del derecho de instalación del recurso, o de la infraestructura física que permite el suministro de redes y el servicio que presta de comunicación electrónica de telefonía fija... por lo que... siendo como es en



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

el presente caso la reclamante propietaria de la instalación de los recursos, está sujeta al impuesto".

En definitiva, la pretensión de anulación de la Ordenanza que se impugna indirectamente no puede ser acogida, incurriéndose en desviación procesal cuando se impugna por motivos que no tienen relación con el acto administrativo directamente impugnado, que se fundamenta en el hecho de que la actora sí es propietaria de los recursos a través de los cuales se efectúa el suministro de comunicación electrónica.

Por tanto, la cuestión litigiosa consiste en determinar si existe tal titularidad.

Sobre este punto se aportó por la Administración demandada (documento 1) diversos expedientes relativos a solicitudes de licencias de apertura de zanjas en diversas calles, en las que no existe ninguna de las estaciones de telefonía móvil que obran al folio 15 al dorso del expediente 003589/15, referido al Plan de despliegue de la red de telefonía de Orange Espagne SAU en el Municipio de Gijón (folio 517 vuelto de la causa).

Señala la actora en su escrito de conclusiones (folios 641 y 642) que varias de dichas zanjas no llegaron a ejecutarse y que las únicas que guardan relación con la prestación de servicios de telecomunicaciones serían las licencias de obra para la apertura de zanja en la calle Menéndez Pelayo (30 metros) y calle Puerto de Somiedo (17 metros), para realizar una canalización de fibra óptica, que no tiene que ver con la prestación de servicios de telefonía fija, sino que sirven para interconectar diversos nodos de telefonía móvil. Sin embargo, es claro que en estos casos los servicios se prestan a través de una red, realizándose el hecho imponible por el aprovechamiento del subsuelo municipal, mediante la colocación de infraestructuras físicas que permiten la comunicación electrónica.

La misma conclusión se obtiene a la vista del documento nº 7 aportado con el escrito presentado el 20-10-15 en el que se señala que la red titularidad de Orange Espagne SAU en el municipio de Gijón se limita a una canalización de fibra de 1.037 que interconecta diversos nodos de telefonía móvil, no formando parte dicha fibra de la red de acceso de telefonía fija de Orange Espagne SAU.

Se admite, de esta manera, la titularidad de una infraestructura física de telecomunicaciones que comporta un aprovechamiento especial del Subsuelo de la vía pública municipal, por lo que hemos de concluir que se produce en el caso el hecho imponible de la tasa regulada en la Ordenanza Fiscal 3.53 de forma ajustada al derecho de la Comunidad Europea, pues el art. 13 de la Directiva 20/2002 permite la imposición de cánones por los "derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma"

TERCERO: Se alega por la parte actora que la tasa no responde al uso óptimo que exige el art. 13 de la Directiva 2002/20/CE.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Ha de señalarse que no se cuestiona aquí que no resulta posible la aplicación del canon por instalación de recursos en el subsuelo de la vía pública a quienes sin ser propietarios los utilizan para prestar servicios tanto de telefonía móvil como de telefonía fija.

Lo que plantea la recurrente es que el Ayuntamiento no ha justificado que la tasa sea necesaria para garantizar el uso óptimo de los recursos.

Se constata en el considerando 32 de la Directiva 2002/20/CE que "además de las tasas administrativas se pueden imponer cánones por el uso de radiofrecuencias y números como instrumento que garantice la utilización óptima de tales recursos", lo cual resulta lógico al ser el espectro radioeléctrico un recurso limitado. No se menciona en dicho considerando a los derechos de instalación de recursos que menciona el art. 13 de la Directiva. El término "recursos" remite a las infraestructuras físicas que permiten la comunicación electrónica y a su colocación en una propiedad pública (como en este caso) o privada.

La colocación de fibra óptica por la actora en el Subsuelo del municipio de Gijón comporta la realización del hecho imponible de la tasa, debiendo señalarse que el cobro de dicha tasa trata de garantizar el uso óptimo de aquella. Es un hecho notorio que el subsuelo del Municipio es utilizado por diversas empresas de suministros (luz, agua, otros operadores de telecomunicaciones), debiendo la Administración asegurarse que no existen interferencias entre tales suministros en detrimento de alguno de ellos. Al mismo tiempo es obligación de la Administración velar por la correcta conservación del pavimento de la vía pública evitando la posible causación de daños (por hundimientos, inundaciones, etc.) en las infraestructuras colocadas por las empresas suministradoras. Asimismo, la reparación del pavimento o la introducción de nuevas infraestructuras, ha de hacerse vigilando la Administración que no se produzca con menoscabo de las ya instaladas. Es en este sentido en el que el cobro de la tasa "refleja la necesidad de garantizar" por parte de la Administración el uso óptimo de los recursos de forma que no se perjudique a las empresas propietarias de tales recursos ni a los clientes de las mismas que reciben los servicios que aquellas les prestan, por lo que no se vulnera el art. 13 de la Directiva reseñado, sin que la recurrente haya acreditado ni sostenido que la colocación de fibra óptica en el subsuelo del municipio no haya obedecido al principio de uso óptimo de sus recursos.

CUARTO: Se alega por la actora que el art. 24.1.c) del TRLHL resulta contrario a la Directiva en la medida en que permite que se establezca un gravamen a las compañías de telefonía fija cuyo sistema de cuantificación no responde a un uso óptimo, en la medida en que establece un sistema de cuantificación fijo del 1,5% de los ingresos brutos de la compañía.

No podemos acoger esta alegación. El art. 13 de la Directiva no establece un sistema de cuantificación de los cánones que permite. La sentencia del TS de 15-10-12 recoge el criterio



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



mantenido por la Abogada General en las conclusiones presentadas en la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien sostuvo que "con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del art. 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". Sin embargo, entendemos que este criterio (de excluir la cuantificación de la tasa en base a los ingresos de la empresa) se refiere a la telefonía móvil. En este sentido la sentencia del TS de 10-10-12 señala que "el alcance de la sentencia de 12-7-12 del TJUE se limita a la telefonía móvil, pues solo sobre la misma versaba la cuestión prejudicial planteada".

El propio art. 24.1.c) del RD Leg 2/2004 excluye del sistema de cuantificación de la tasa en base al 1,5% de los ingresos brutos, a los servicios de telefonía móvil. Y en el considerando 31 de la Directiva 2002/20/CE después de establecer que los sistemas que regulen las tasas administrativas no deben distorsionar la competencia ni crear barreras a la entrada en el mercado, y que con un sistema de autorización general, ya no será posible asignar los costes administrativos, y por ende las tasas, a las empresas, excepto en lo que se refiere a la autorización de derechos de uso de números, frecuencias de radio y derechos de instalar recursos, previene que "las tasas administrativas aplicables deben ajustarse a los principios de un sistema de autorización general. Un ejemplo justo, sencillo y transparente de criterio de asignación de tasas podría ser una clave de distribución en función del volumen de negocios".

Por tanto el establecimiento de un gravamen del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación de las empresas suministradoras no solo se ajusta a lo previsto en el art. 24.1.c) del RD Leg 2/2004, sino que no contradice el derecho comunitario, mucho más cuando en la liquidación de las tasas para determinar la base imponible se deduce de dichos ingresos brutos una importante cantidad en concepto de gastos deducibles (folios 609 y ss. de la causa).

QUINTO: Se aduce por la actora la infracción de los principios de transparencia y proporcionalidad y el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de Gijón de las obligaciones de publicidad e información impuestas por la Directiva 2002/20/CE.

Se denuncia la no publicación de los costes incurridos e ingresos obtenidos por el Ayuntamiento que deberían ser compensados por las tasas exigidas al sector. Se invocan los arts. 6 y 11 de la Directiva 97/13/CE y los arts. 12, 13 y 15 de la Directiva 2002/20/CE. Se añade que el Ayuntamiento ha incumplido su obligación de publicar el resumen anual de gastos que justifiquen la imposición de la tasa y el importe del total recaudado por dicho concepto; impidiéndose a la



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



recurrente verificar si la exigencia de la tasa respeta el principio de proporcionalidad.

No podemos acoger estas alegaciones. Tanto los arts. 6 y 11 de la Directiva 97/13/CE, como el art. 12 de la Directiva 2002/20/CE, se refieren a las tasas administrativas que se imponen a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de una autorización general, estableciendo que dichas tasas cubrirán en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general (art. 12.1 de la Directiva 2002/20/CE). Es en este caso, cuando las autoridades nacionales de reglamentación impongan tales tasas administrativas, cuando se exige (art. 12.2 de dicha Directiva) la publicación de un resumen anual de sus gastos administrativos y del importe total de las tasas recaudadas, añadiendo el precepto que a la vista de la diferencia entre la suma total de las tasas y los gastos administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados.

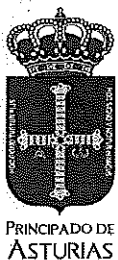
En el caso de las liquidaciones impugnadas en este recurso, las mismas se realizan al amparo de lo previsto en el art. 13 de la Directiva reseñada, referido a cánones sobre derechos de instalación de recursos, donde no se prevé la obligación de publicación a que se refiere el art. 12 mencionado.

No se acredita que las liquidaciones impugnadas infrinjan los principios de transparencia, justificación objetiva y proporcionalidad.

Resulta evidente la transparencia de la tarifa que prevé la Ordenanza (1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación de la empresa), debiendo reiterarse la mención que hace el considerando 31 de la Directiva en cuanto a que "un ejemplo justo, sencillo y transparente de criterio de asignación de tasas podría ser una clave de distribución en función del volumen de negocios". En este sentido existe una clara vinculación entre el beneficio económico y el valor de la utilidad que debe reflejar el gravamen, mucho más teniendo en cuenta que el Ayuntamiento permite reducir el importe de los ingresos brutos de la empresa con los gastos deducibles para determinar la base imponible de la tasa. La justificación objetiva de la tasa deriva del hecho de que existe por parte de la actora un aprovechamiento especial, permanente, del subsuelo municipal lo que origina una especial ventaja para aquella que la exigencia de la tasa trata de compensar.

No se ha acreditado que el importe de la tasa resulte desproporcionado, en el sentido de que afecte de forma significativa al margen de beneficio de la empresa o que suponga un coste excesivo o inasumible a la hora de repercutirlo sobre el destinatario final del suministro.

En definitiva, las liquidaciones impugnadas se ajustan a derecho, incluido el comunitario, por lo que no procede realizar el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, solicitado en la demanda.





SEXTO: En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la LJCA, no procede su imposición habida cuenta de la controversia jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Orange Espagne S.A, Sociedad Unipersonal representada por el Procurador Don LOPD LOPD LOPD contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo del Ayuntamiento de Gijón de 18-2-15 (así como contra la Ordenanza que le sirve de fundamento) por resultar la misma conforme a derecho; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días, para ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha; doy fe.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

